

**JULIANO BRED A**

**GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DISPOSITIVOS  
PROCESSUAIS DA LEI 7.492/86**

Curitiba  
2000

**JULIANO BRED A**

**GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DISPOSITIVOS  
PROCESSUAIS DA LEI 7.492/86**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Titular Doutor Luiz Alberto Machado

Curitiba  
2000

JULIANO BRED A

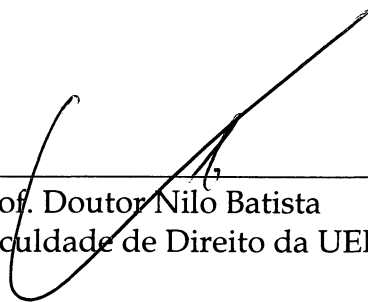
**GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DISPOSITIVOS  
PROCESSUAIS DA LEI 7.492/86**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, na área de Direito das Relações Sociais do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos Professores:



---

Orientador Prof. Doutor Luiz Alberto Machado  
Faculdade de Direito da UFPR



---

Prof. Doutor Nilo Batista  
Faculdade de Direito da UERJ



---

Prof. Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Faculdade de Direito da UFPR

**Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei  
7.492/86**

**Sumário**

Resumo.....	VI
Cap. I - A regulamentação penal do Sistema Financeiro Nacional.....	1
1. Introdução e apresentação .....	1
2. Sistema Jurídico e Sistema Financeiro Nacional.....	9
2.1 Conselho Monetário Nacional.....	13
2.2 Banco Central do Brasil - Bacen .....	14
2.3 Comissão de Valores Mobiliários - CVM.....	19
2.4 Bolsas de Valores.....	21
3. Sistema Financeiro e Instituições Financeiras.....	23
3.1 Bancos comerciais.....	28
3.2 Bancos múltiplos.....	33
3.3 Bancos de investimento.....	34
3.4 Bancos de desenvolvimento.....	35
3.5 Caixas Econômicas.....	35
3.6 Sociedades de crédito, financiamento e investimento.....	36
3.7 Sociedades corretoras.....	36
3.8 Sociedades distribuidoras.....	36
3.9 Entidades de previdência privada.....	37
3.10 Sociedade de arrendamento mercantil.....	37
4. Instituições financeiras por equiparação.....	37

Cap. II - O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira.....	42
1. Objetividade jurídica.....	42
2. Objeto material.....	54
3. Sujeito ativo.....	56
4. Concurso de pessoas.....	69
4.1 Órgão colegiado.....	76
5. Sujeito passivo.....	80
6. Tipo objetivo.....	85
7. Tipo subjetivo.....	95
8. Consumação e tentativa.....	107
9. Gestão fraudulenta, crime continuado e concurso aparente.....	112
10. Sanção penal.....	118
Cap. III - Dispositivos processuais da Lei 7.492/86 .....	123
1. Ação penal e competência.....	124
2. Ação penal subsidiária/dever de comunicação do Bacen e CVM.....	135
3. As diligências e o sigilo das operações financeiras.....	149
4. Prisão e liberdade.....	155
5. Delação premiada.....	162
Referências bibliográficas.....	165

## **Resumo**

Este trabalho busca as respostas para os problemas advindos com a recente criminalização do sistema econômico, em especial, o mercado financeiro e de capitais. O objeto principal do estudo é o delito de gestão fraudulenta de instituição financeira, o mais grave tipificado na Lei 7.492/86. A dissertação abordará toda a estrutura desse crime, enfrentando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Ao final, faz-se necessária a análise das normas processuais que regem a aplicação da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro, que estabelecem inúmeras especificidades dignas da atenção do intérprete da lei penal.

## Cap. I - A regulamentação penal do Sistema Financeiro Nacional

### 1. Introdução e apresentação

A repressão penal, recentemente, mudou seu âmbito de incidência. A grande preocupação do Direito Penal, no momento, são as condutas desviantes e socialmente danosas no setor econômico-financeiro. Como a economia maximizou-se nos últimos tempos, ganhando proporções globais com a interpenetração dos mercados, as ações delituosas neste âmbito adquirem contornos de gravidade singular, pois, com a velocidade das operações e as repercussões internacionais, as lesões ao bem protegido podem ser irreparáveis.

Nas últimas décadas, inegavelmente, o poderio econômico aumentou sensivelmente, tornando o Estado dependente de grandes grupos financeiros. Ao lado deste fenômeno, novas condutas danosas foram surgindo neste setor, colocando em risco todo o sistema econômico. A atuação do direito penal passou, então, a regulamentar esse subsistema. O Estado, que já monopolizou e participou diretamente da economia, passou a exercer um controle administrativo e punitivo.

Discute-se amplamente até que ponto o Estado deve intervir no sistema econômico, criminalizando determinadas condutas. A doutrina mais abalizada sustenta a necessidade de uma mínima intervenção penal no subsistema econômico, valendo, por todos, referir a lição de **Nilo Batista**:

“Especial cuidado deve ter o legislador da intervenção econômica

do estado, evitando a tentação de socorrer-se permanentemente do direito penal; essa tendência penalística 'inflacionária', como a denominou Bricola, pode questionar o princípio da intervenção mínima"<sup>1</sup>

Entretanto, proliferam-se tipos penais regulando e intervindo no domínio econômico. O debate é imprescindível pela constante tipificação de delitos de perigo abstrato, alargando a incidência do sistema penal a um inseguro âmbito pré-delitual. As críticas não se restringem à doutrina nacional, como se pode notar na leitura que Hassemer realiza do estágio atual do direito penal:

"Neste sentido, a política criminal 'moderna' está caracterizada com clareza. Não opera, como até algum tempo, com a descriminalização e atenuação de penas, mas com a nova criminalização e agravamento. Concentra-se nos tipos penais e não nas consequências do direito penal...Não se orienta aos bens jurídicos da generalidade, que, ademais, descreve de forma tão ampla e vaga que se pode justificar com eles qualquer ameaça penal: proteção do 'bem-estar' do homem, saúde pública, capacidade de funcionamento dos mercados de capitais, fomento estatal da economia ou processamento de dados na economia e na administração. Instrumentaliza a proteção desses bens jurídicos não através de tipos de delitos de dano ou lesão (entre cujos

<sup>1</sup> Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 89/90.



pressupostos de punibilidade está a comprovação de um dano concreto e sua causação pelo imputado), mas por meio dos delitos de perigo (geralmente abstrato), para os quais é suficiente a comprovação de um ação (que o legislador proibiu com perigosa)".<sup>2</sup>

É exatamente essa a inspiração do legislador quanto aos crimes econômicos, principalmente em relação aos crimes contra o sistema financeiro e ao delito de gestão fraudulenta de instituição, regidos pela 7.492/86.

A denominação, embora consagrada, é motivo de críticas por parcela da doutrina, cabendo lembrar, a propósito, a opinião de **Manoel Pedro Pimentel**:

"Parece-me que a lei em tela recebeu um nome impróprio: crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Não é correta essa denominação. O Direito Penal Financeiro sanciona condutas que ofendem o põe em perigo bens ligados às finanças do Estado. Este ramo do Direito Penal provém do Direito Financeiro que, por sua vez, está radicado na Ciência das Finanças. Sua existência é reconhecida em razão de uma exigência da atuação normativa do Estado, regulamentando juridicamente complexo de atividades fim

---

<sup>2</sup> Sobre o tema conf. **Eduardo Correia**. *Notas críticas à penalização de actividades económicas in* Direito Penal Económico, Coimbra: CEJ, 1985, p. 11 e segs. Entendendo correta essa forma de tipificação, **Klaus Tidemann in** *Apresentação Crítica. Crimes Contra o Ordem Económica. In Dos crimes contra a ordem económica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 199, p. 215.

da mística mente dirigidas arrecadação da receita e o programa de despesa pública, relacionadas com o orçamento do Estado, sua execução e o crédito público.

...

A rigor, portanto, as infrações previstas na lei "sub examen" não atentam contra tais bens. Mais apropriado seria enquadrar as condutas previstas nessa lei no quadro mais específico do Direito Penal Econômico, porque a maioria dessas condutas atenta contra a **ordem econômica.**"<sup>3</sup>

Adota-se, aqui, por uma questão prática a denominação "crimes contra o sistema financeiro", pois a doutrina e a jurisprudência consagraram-na ao longo do tempo, mesmo que, cientificamente, a expressão possa não ser perfeita.

Em vários trabalhos, surge a expressão "crimes do colarinho branco", abominada, por completo, nesta dissertação. Além de não oferecer nenhum elemento jurídico-científico, a denominação é equivocada por dois motivos. O primeiro, em uma perspectiva histórica, remonta à própria gênese do termo, consagrado por **Sutherland**, no final da década de 1930, nos estudos desenvolvidos nos Estados Unidos em torno, primeiramente, do crime organizado<sup>4</sup>, da corrupção administrativa e da violação à Lei Seca, guardando,

<sup>3</sup> Crimes Contra o Sistema Financeiro in Direito Penal dos Negócios. Crimes do Colarinho Branco. Coord. Eduardo Muylaert Antunes. São Paulo: AASP, p. 82/8 - destaque nosso.

<sup>4</sup> Cf. a propósito, RIGHI, Esteban. Derecho Penal Economico Comparado. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 274 e segs. Nesse mesmo sentido, René Dotti: Algumas reflexões

portanto, pouca relação com o sistema financeiro. A única coincidência é os autores situarem-se no “mundo empresarial”.

Por outro lado, é indiscutível que a expressão “crimes do colarinho branco” viola os modernos princípios do direito penal, da criminologia e da política criminal, ao centrar a criminalização e a repressão em um determinado tipo de classe social. Nesse viés, a lição do magistrado português **Pedro Albergaria**:

“...o critério apontado briga com a exigência de num Estado de Direito os comportamentos criminalizáveis o serem por referência às necessidades de proteção de um bem jurídico digno de tutela e não por referência à qualidade do agente”.<sup>5</sup>

O objeto desta dissertação é a análise da conduta mais grave tipificada na Lei 7.492/86: o **crime de gestão fraudulenta de instituição financeira**, previsto no *caput* de seu art. 4º. A preocupação com esse delito é descrita por **Rosa Maria Lastra**:

“Infelizmente, a fraude é uma das maiores causadoras das quebras dos bancos. O colapso do BCCI e Barings são exemplos de sua

---

sobre o direito penal dos negócios in Crimes do Colarinho Branco, coord. Eduardo Muylaert Antunes. São Paulo: AASP, s/d, p. 14. Em defesa do termo, **Alberto Zacharias Toron**. Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos? In Revista Brasileira de Ciência Criminais. nº 28. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999; **João Marcello de Araújo Júnior**, Dos Crimes contra a Ordem Econômica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 147. Sobre a origem do termo, **Fábio Bittencourt da Rosa** em manifestação no Simpósio sobre Direito dos Valores Mobiliários. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, 1998, p. 128.

<sup>5</sup> A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 9, Fasc. 4º, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 606.

frequência.”<sup>6</sup>

Esse crime, até hoje, não possui uma delimitação clara e precisa, inexistindo, até o momento, um específico trabalho a seu respeito. A maior parte dos estudos são comentários gerais aos crimes da Lei 7.492/86.

A metodologia utilizada neste trabalho, quanto à abordagem do tema, é a mais tradicional na análise de tipos penais, bem como nos textos que analisam um crime em espécie.

Dessa forma, o crime de gestão fraudulenta de instituição financeira será decomposto em todos os seus elementos típicos, objetivos e subjetivos. Antes disso, como é normal, devem ser apontados a objetividade jurídica, o objeto material e os eventuais sujeitos ativos e passivos do crime.

Também serão enfocados temas como o concurso de pessoas, o crime continuado e o conflito aparente de normas, que não receberam, ainda, o cuidadoso estudo que o tipo penal em questão merecia.

Analisaremos, ainda, os aspectos processuais da Lei 7.492/86, que não são exclusivos ao delito objeto principal do enfoque, mas, sem dúvida, precisam ser estudados, seja pela ausência de tratamento acurado da doutrina, seja pela importância do tema, pois o processo penal e a forma de investigação dos crimes contra o sistema financeiro possuem particularidades dignas de uma abordagem, ainda que não exaustiva.

Um exemplo da necessidade dessa análise revela-se no estudo da

---

<sup>6</sup> Banco Central e Regulamentação Bancária. Trad. de Dan Kraft. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.83.

prisão preventiva, pois um de seus fundamentos legais - a magnitude da lesão causada ao sistema financeiro - é especialmente verificada em casos de gestão fraudulenta das instituições financeiras.

Antes, porém, é necessária uma digressão a respeito das linhas gerais do sistema financeiro nacional, o meio envolvente no qual se insere o diploma legislativo e o crime do art. 4º, tratando de seus princípios e características fundamentais. Esses conceitos são categorias prévias ao objeto do trabalho, pois nortearão todo o estudo pretendido.

Essa primeira incursão, diga-se desde já, não será exaustiva, enfocando-se, somente, as principais instituições componentes do sistema financeiro nacional.

Por fim, não se sustentará a existência de um direito penal do sistema financeiro, informado por princípios específicos. Em verdade, as normas definidas na Lei 7.492/86 não são capazes de criar um submodelo penal autônomo, devendo o estudo dos crimes contra o sistema financeiro ficar atrelado aos princípios do Direito Penal Econômico.

Contudo, o Sistema Financeiro, entendido como um subsistema econômico, detém seus próprios princípios e influências de criação e reprodução de suas normas. Essas informações penetram no âmbito cognitivo do aplicador da Lei 7.492/86, podendo, em certos casos, determinar as conclusões na interpretação de seus tipos penais.

O presente estudo procura não sucumbir ao direito do mercado

financeiro e de capitais, mas também não o despreza. Tendo o direito penal como primeiro fundamento, a interpenetração das disciplinas ao longo da dissertação será constante e imprescindível para a total compreensão do debate.

## 2. Sistema Jurídico e Sistema Financeiro Nacional

Para **Norberto Bobbio**<sup>7</sup>, o ordenamento jurídico constitui um sistema se existirem ordem, unidade e coerência entre as normas jurídicas.

A norma possui sentido na medida de sua correspondência com as demais unidades normativas e princípios, seja em relação de complementação, fundamentação ou derivação. É correta a colocação de **Canaris**: “No que toca, em primeiro lugar, a um sistema de normas, surge este como pouco significativo, porquanto se deve procurar justamente, a conexão aglutinadora das normas...”<sup>8</sup>, conceituando sistema jurídico como “uma ordem teleológica de princípios gerais de Direito”<sup>9</sup>.

Podemos definir sistema jurídico como o conjunto de normas jurídicas ordenadas segundo princípios teleológicos, em permanente comunicação com os demais subsistemas sociais, que fornecem as informações necessárias à constante complementação e evolução do direito.

O fim específico ao qual se destinam os diferentes sistemas é a nota característica de sua distinção da simples agregação dos entes que os compõem.

Ordenamento jurídico é o conjunto de normas jurídicas positivadas. O sistema jurídico abrange a noção de ordenamento e engloba elementos periféricos, marginais, ou seja, abrange decisões não diretamente deduzidas das

<sup>7</sup> Teoria dell'ordinamento giuridico. Torino: G. Giappichelli, 1960.

<sup>8</sup> Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2ª ed. trad. de A. Meneses Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 81.

<sup>9</sup> Idem, p. 103.

normas positivadas, mas nem por isso ilegítimas, possíveis pela admissão da existência das próprias lacunas no ordenamento. A correspondência entre ordenamento e sistema é apenas viável na defesa do direito como um sistema fechado, entendimento que nos parece devidamente superado. Um exemplo disso, em matéria penal, pode ser considerado o princípio da insignificância, de difícil cotejo entre as normas existentes no ordenamento, mas já consagrado na doutrina e jurisprudência como uma excludente material da tipicidade, obra que a política criminal - elemento do sistema e não do ordenamento - desempenhou com sucesso.

A construção que se aproxima da moderna sistemática criminal é presente em **Guibourg**<sup>10</sup>, quem sustenta a existência de diversos modelos (subsistemas) em um sistema, dotados, cada um deles, de seus próprios fins e auto-referências inter e intra-sistêmicas.

Assim, tem-se o direito penal econômico a abranger, entre outras, as normas penais definidoras dos crimes e respectivas sanções às condutas praticadas no âmbito do sistema financeiro.

O subsistema financeiro, frise-se, é integrante do sistema macroeconômico. **Armando Mellagi Filho** assim o define:

“Conjunto de instituições que tem como finalidade manter o fluxo contínuo de recurso entre poupadores e investidores e assegurar a tranquilidade do Mercado Financeiro, através de normas e

---

<sup>10</sup> GUIBOURG, Ricardo. El fenómeno normativo. Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 183.



procedimentos que visam a coibir o abuso e manter a confiança na moeda”<sup>12</sup>.

O subsistema jurídico financeiro é portanto o conjunto de normas que regem a atuação dessas instituições, dos investidores e dos entes de fiscalização do mercado. As normas componentes desse subsistema são basicamente as Leis 4.595/64, 4.728/65, 6.385/76, bem como as resoluções e instruções do CMN, do BACEN e da CVM.

O sistema financeiro, denominado na prática de mercado, é composto pelos mercados monetário, de crédito, de capitais e cambial. Resumindo essa subdivisão, pronuncia-se **Ronald Hillbrecht**:

**“Mercado Monetário.** Nesse mercado são transacionados apenas instrumentos financeiros de curto ou curtíssimo prazo. Nele são financiadas as necessidades imediatas de caixa dos bancos comerciais e mesmo do Governo (Tesouro Nacional). Nele ocorrem as operações de mercado aberto conduzidas pelo Banco Central com o sistema financeiro.

**Mercado de Crédito.** Esse mercado atende às necessidades de curto e médio prazo, como, por exemplo, financiamento de bens duráveis para os consumidores e capital de giro para as empresas. Nele atuam basicamente os intermediários financeiros bancários.

**Mercado de Capitais.** Nesse mercado são realizadas operações de médio e longo prazo para o financiamento de capital fixo das

---

<sup>12</sup> Mercado Financeiro e de Capitais. São Paulo: Atlas, 1998, p. 22

firmas. Nele operam basicamente intermediários financeiros não bancários e as operações são realizadas na Bolsa de Valores.

**Mercado Cambial.** Nesse mercado são realizadas as operações de compra e venda de moeda estrangeira (divisas). Essas operações são intermediadas por instituições financeiras bancárias e não bancárias autorizadas pelo Banco Central”.<sup>13</sup>

O chamado mercado de capitais é sinônimo de mercado de valores mobiliários. Esses diversos setores são regulamentados e fiscalizados por diferentes órgãos do sistema financeiro, como elucida Nelson Eizirik:

“Nos termos da estrutura legal e institucional do sistema financeiro brasileiro, *todas* operações desenvolvidas nos mercados de créditos, monetário e cambial estão submetidas ao poder de polícia administrativa do Banco Central. Ou seja, são, tais operações, fiscalizadas permanentemente pelo Banco Central, que pode, ao constatar infração às normas legais ou regulamentares, instaurar processo administrativo sancionador para aplicar, se for o caso, as penalidades cabíveis.

Já as operações realizadas no mercado de valores mobiliários estão submetidas ao poder de polícia da CVM,...”.<sup>14</sup>

Assim, Bacen e CVM constituem-se em **autoridades do mercado**, compondo o sistema financeiro com a função de regulamentá-lo e fiscalizá-lo,

<sup>13</sup> Economia Monetária. São Paulo: Atlas, 1999, p. 22.

<sup>14</sup> Reforma das S.A. e do Mercado de Capitais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 163.

dando execução e cumprimento à política econômica, financeira e cambial do país, punindo, quando necessário, os agentes do mercado, ou seja, as instituições financeiras, responsáveis pela mobilidade e prestação dos serviços financeiros.

### **2.1 - Conselho Monetário Nacional**

O órgão hierarquicamente superior do Sistema Financeiro Nacional é o **Conselho Monetário Nacional**, responsável pelas decisões de orientação e desenvolvimento das políticas econômicas públicas, com os seguintes objetivos, estatuídos pela Lei 4595/64:

“I - adaptar o volume dos meios de pagamentos às reais necessidades da economia nacional e seu processo de desenvolvimento;

II - regular o valor interno da moeda, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa, as depressões econômicas e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais;

III - regular o valor externo da moeda e o equilíbrio no balanço de pagamento do País, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em moeda estrangeira;

IV - orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, quer públicas, quer privadas; tendo em vista propiciar, nas diferentes regiões do País, condições favoráveis ao

desenvolvimento harmônico da economia nacional;

V - propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, com vistas à maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos;

VI - zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras;

VII - coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa.”.

Em relação ao mercado de valores mobiliários, suas funções vêm especificadas na Lei 6.385/76, devendo:

- “- definir a política a ser observada na organização e no funcionamento do mercado de valores mobiliários;
- regular a utilização do crédito nesse mercado;
- fixar a orientação geral a ser observada pela Comissão de Valores Mobiliários no exercício de suas atribuições;
- definir as atividades da Comissão de Valores Mobiliários que devem ser exercidas em coordenação com o Banco Central do Brasil”

É, fundamentalmente, um órgão de natureza regulatória, despido de função fiscalizatória e punitiva sobre as instituições financeiras. Caracteriza-se como o ente responsável pelas diretrizes principiológicas do sistema financeiro.

## **2.2 - Banco Central do Brasil - BACEN**

Embora, hierarquicamente inferior ao CMN, é inegável que o

BACEN é órgão de maior importância dentro do SFN, seja porque dá execução às deliberações do Conselho Monetário Nacional ou pela maior complexidade e quantidades de atribuições, definidas, basicamente, pelo art. 1º da LEI Nº 4.728, DE 14 DE JULHO DE 1965:

“Os mercados financeiro e de capitais serão disciplinados pelo Conselho Monetário Nacional e fiscalizados pelo Banco Central da República do Brasil”.<sup>15</sup>

Criado pela Lei 4595/64, teve, no própria diploma legal, suas funções definidas. Para a presente dissertação interessam, principalmente, as seguintes competências:

- “- exercer o controle do crédito sob todas as suas formas;
- efetuar o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei;
- exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;
- conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:
  - a) funcionar no País;
  - b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no Exterior;
  - c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;
  - d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de

---

<sup>15</sup> A regulamentação e fiscalização do mercado de capitais passou em 1976, como se sabe, para a Comissão de Valores Mobiliários.

títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações, debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou imobiliários;

e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;

f) alterar seus estatutos;

g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário; (Inciso X com redação remanescente do IX, acrescentado pelo Dec. nº 2.321/87, anterior à Lei nº 7.730/89).

- estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, assim como para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

- efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais;

- atuar no sentido de funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos podendo para esse fim comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior, inclusive as referentes aos Direitos Especiais de Saque e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial; (Redação dada ao inciso pelo Dec.-lei nº 581/69.)

- exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem.”

As funções do BACEN são bem resumidas por **Lopes e Rossetti**:

*“Banco dos bancos*, à medida que recebe, com exclusividade, os depósitos compulsórios dos bancos comerciais, fornece empréstimos de liquidez e redescontos para atender às necessidades imediatas das instituições financeiras e regulamenta o funcionamento dos serviços de compensação de cheques e outros papéis.

*Superintendente do sistema financeiro nacional*, à medida que adapta seu desenvolvimento e os fundos e programas especiais por ele administrados às reais necessidades e transformações verificadas na economia do país, baixando normas, fiscalizando e controlando as atividades das instituições financeiras, concedendo autorização para seu funcionamento e decretando intervenção ou liquidação extrajudicial dessas instituições.

*Executor da política monetária*, à medida que regula a expansão dos meios de pagamento, elaborando o orçamento monetário e utilizando os instrumentos de política monetária (administração

das taxas dos recolhimentos compulsórios, dos descontos de liquidez e das operações de compra e venda de títulos públicos no mercado aberto).

*Banco emissor*, à medida que detém o monopólio de emissão do papel-moeda e da moeda metálica e executa os serviços de saneamento do meio circulante.

*Banqueiro do governo*, à medida que financia o Tesouro Nacional, mediante a colocação de títulos públicos, administra a dívida pública interna e externa, é depositário e administrador das reservas internacionais do país e executa as operações ligadas a organismos financeiros internacionais.”<sup>16</sup>

Ao estudo do crime de gestão fraudulenta, interessará, fundamentalmente, a atividade do BACEN no dever de superintendência do mercado financeiro e fiscalização das instituições que o compõem<sup>17</sup>, o que o posicionará, em algumas situações, como sujeito passivo de outros delitos da Lei 7.492/86, associados à imprescindível incumbência de comunicação ao Ministério Público Federal da ocorrência de qualquer ilícito tipificado na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Economia Monetária. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 444.

<sup>17</sup> Sobre o fundamento da função de fiscalização e regulamentação do mercado escreve Rosa Lastra: “Apesar de os propósitos específicos da regulamentação bancária buscarem assegurar a segurança e a solidez do sistema financeiro e neutralidade econômica na alocação do crédito, o objetivo final é resguardar a *confiança* no sistema bancário”. Op. cit., p. 63.

<sup>18</sup> Conferir o item 2 do Cap. III.



### 2.3 - Comissão de Valores Mobiliários - CVM

O sistema financeiro nacional é compartimentado, e algumas de suas operações fogem do âmbito de regulamentação e fiscalização do BACEN, submetendo-se à Comissão de Valores Mobiliários. Compete à CVM, concorrentemente com o Conselho Monetário Nacional:

“I - estimular a formação de poupança e a sua aplicação em valores mobiliários;

II - promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais;

III - assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da Bolsa e do balcão;

IV - proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra:

a) emissões irregulares de valores mobiliários;

b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários;

V - evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação

destinada a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado;

VI - assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido;

VII - assegurar a observância de práticas comerciais eqüitativas no mercado de valores mobiliários;

VIII - assegurar a observância, no mercado, das condições de utilização de crédito fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.”

A CVM, segundo **Eduardo Fortuna**, “é o órgão normativo do sistema financeiro, especificamente voltado para o desenvolvimento, a disciplina e a fiscalização do mercado de valores mobiliários não emitidos pelo sistema financeiro e pelo Tesouro Nacional, basicamente o mercado de ações e debêntures. É uma entidade auxiliar, autárquica, autônoma e descentralizada mas vinculada ao Governo.”<sup>19</sup>

Com o advento da Medida Provisória nº 1.637/98, a CVM teve seu âmbito de atuação ampliado, pois o art. 1º cunhou um conceito mais amplo de valor mobiliário, com a seguinte redação:

“Art. 1º - Constituem valores mobiliários, sujeitos ao regime da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, quando ofertados publicamente, os títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração,

---

<sup>19</sup> Mercado Financeiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p. 18.

inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advém do esforço do empreendedor ou de terceiros.”

As repercussões da nova regulamentação atingem os pressupostos do trabalho, como explica **Nelson Eizirik**:

“Nesse aspecto, a mudança relevante somente ocorreu recentemente, com a edição da Medida Provisória nº 1.637/98, que estabeleceu que a CVM passaria a regular e fiscalizar qualquer empresa que emitia títulos ou contratos de investimento coletivo, assim como seus administradores e controladores, tendo sido ampliada sobremaneira o campo de sua competência”.<sup>20</sup>

A constitucionalidade do dispositivo é questionável, pois provoca uma radical alteração do sistema financeiro, envolvendo nomeação e aprovação de administradores de empresas, sigilo de operações financeiras, fiscalização e punições por fatos que, anteriormente, não estavam sob a jurisdição da autarquia, ou seja, matéria de veiculação privativa de Lei Complementar, conforme determina a CF.

#### **2.4 - Bolsas de Valores**

Entidades que auxiliam a CVM no dever de fiscalização do mercado de capitais, são associações civis sem fins lucrativos compostas pelas sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários. É o centro propulsor do mercado de capitais, em que se negociam valores mobiliários, fundamentalmente

<sup>20</sup> Reforma das S.A. e do Mercado de Capitais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 161.

ações. Nas Bolsas, os corretores realizam oficialmente a intermediação entre os compradores e os vendedores desses títulos e valores mobiliários.

Estão vinculadas direta e hierarquicamente à CVM, necessitando, inclusive, de sua autorização para entrar em funcionamento. Estabelecem normas próprias de organização e funcionamento, submetendo seus membros associados sob pena de punição, tendo competência fiscalizadora sobre as corretoras e as operações realizadas em seus recintos.

Muito importante, atualmente, é a Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F, considerada uma das maiores do mundo na sua área de negociação, responsável pela operacionalização dos mercados de futuro. Englobam-se, principalmente, em suas operações os contratos envolvendo as taxas de juros de curto prazo, taxa de câmbio de dólares, o índice Bovespa, ouro, C-Bond's e Euro-Bond's, boi gordo e café.

A regulamentação e fiscalização desse mercado, em geral, é realizada pela CVM. Entretanto, alguns contratos, como os títulos da dívida pública e os vinculados ao mercado cambial, são da jurisdição do Bacen<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Nesse sentido, Nelson Eizirik em Reforma das S.A. e Mercado de Capitais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 163 e segs.

### 3. Sistema financeiro e instituições financeiras

As instituições financeiras desempenham função de interesse público, indispensáveis e determinantes no desenvolvimento econômico do país. Assim, é correta a preocupação do legislador em estabelecer o delito e cominar severa sanção às práticas criminosas de quem comanda as atividades bancárias e financeiras.

A própria Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional definiu o conceito de instituição financeira, que permeia todo esse subsistema criminal, já em seu art. 1º:

“Considera-se instituição financeira, para efeito desta Lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”.

Essas instituições constituem a base de toda intermediação e movimentação das operações financeiras. Desempenham, portanto, a indispensável função de interligação entre os diferentes pólos de negociação existentes no mercado. **Roberto Quiroga Mosquera** define genericamente suas atribuições:

“No mercado financeiro, a instituição financeira se intromete entre o cedente e o cessionário do crédito, viabilizando a mobilização na economia da poupança nacional. Quando capta valores junto ao público, a entidade financeira assume uma posição devedora perante o doador de recursos, já quando repassa os valores captados aos tomadores de crédito ela passa a integrar o pólo da relação. Naquela revelam-se as denominadas operações passivas dos bancos, nestas revelam-se as operações ativas.

...

Faz-se importante frisar que no mercado financeiro as entidades financeiras são partes nas relações jurídicas respectivas, assumindo riscos e sendo sujeitos de direitos e obrigações das operações de crédito realizadas. O detentor e o tomador de recursos não se relacionam diretamente. Entre eles surge a instituição financeira captando e repassando os valores respectivos.”<sup>22</sup>

Há, também, de acordo com o art. 18 da Lei 4595/64, a possibilidade de autorização mediante decreto do Poder Executivo quando se tratar de instituição financeira estrangeira<sup>23</sup> e da CVM no caso dos agentes

<sup>22</sup> Os princípios informadores do direito do mercado financeiro e de capitais in Aspectos atuais do mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 1999, p. 259.

<sup>23</sup> RESOLUÇÃO BACEN Nº 2.592, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1999 (DOU 26.02.1999): Dispõe sobre a representação, no País, de instituições financeiras ou assemelhadas sediadas no exterior.

O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31.12.1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em 25.02.1999, com base no art. 4º,

autônomos de investimento.

Cabe, de início, identificar a existência de instituições públicas e privadas, embora não existam diferenciações nos crimes tipificados em razão desta natureza. Não há nem mesmo uma maior censura ao agente público, o que sem dúvida é criticável. O ideal seria uma causa de especial aumento da pena ao administrador de instituição financeira pública.

O artigo contempla dezenas de instituições, com natureza e objeto diversos, sendo incontestável que alguns desenvolvem praticamente todas as atividades descritas no art. 1º. Abrangem-se, então, os bancos comerciais, as caixas econômicas, as cooperativas de crédito, os bancos múltiplos, os bancos de desenvolvimento, as financeiras, as sociedades corretoras, distribuidoras, as seguradoras e suas corretoras, entidades de previdência privada e sociedades de capitalização. A carta circular do Banco Central nº 2345 oferece interessante critério de classificação, adotada para o presente trabalho:

- a) **Instituição financeira pública federal:** constituída e sediada no país, detendo a União a maioria do capital votante, de forma direta ou indireta;
- b) **Instituição financeira pública estadual:** quando um ou mais estados federados detiverem a maioria do capital votante, de

---

inciso VIII, e tendo em vista o disposto nos arts. 64 do Decreto-lei nº 2.627, de 26.09.1940, e 10, inciso X e parágrafos 1º e 2º, da referida Lei, resolveu:

Art. 1º. Estabelecer que a representação, no País, de instituição financeira ou assemelhada sediada no exterior depende de prévia autorização do Banco Central do Brasil.

forma direta ou indireta;

c) **Instituição financeira privada nacional:** caracteriza-se pela permanência da maioria do capital votante sob titularidade pessoas físicas e/ou jurídicas domiciliadas e residentes no país;

d) **Instituição financeira privada nacional com participação estrangeira:** assim considerada a que tenha, direta e indiretamente, participação estrangeira relevante, no caso mais de 10% até 50% do capital votante;

e) **Instituição financeira privada nacional com controle estrangeiro:** assim considerada a que tenha sob controle estrangeiro, direta ou indiretamente, a maioria do capital votante;

f) **Instituição financeira estrangeira:** sediada no exterior com dependência filial no país.

É importante a definição concreta da natureza e do objeto da instituição financeira. Explica **René Dotti**:

“A instituição financeira é um ente jurídico abstrato e coletivo cujo objetivo é lidar com os fluxos dos meios de pagamento, com moeda e crédito, especificamente.

...

Tal enfoque decorre logicamente do tipo de atuação de tais entidades que deve refletir necessariamente uma atuação efetiva no mercado financeiro, uma atividade que justifique a preocupação



intervencionista do Estado.

Assim, fica absolutamente claro que onde não haja conduta de intermediação ou captação de recursos de terceiros não se poderá falar em instituição financeira. Consequentemente, também não haverá a necessidade nem mesmo legitimidade para uma regulamentação e preocupação estatais.”<sup>24</sup>

A expressão do art. 1º “cumulativamente ou não” indica a possibilidade de realização de mais de uma operação privativa por uma única instituição. Os bancos múltiplos, por exemplo, praticam quase todas as operações financeiras, enquanto as distribuidoras possuem âmbito operativo restrito.

Não, há, para efeitos penais, nenhum tipo de diferenciação entre instituições que realizam apenas uma, mais de uma ou todas as operações financeiras.

São essas, basicamente, as instituições financeiras existentes no SFN:

- Bancos comerciais;
- Bancos múltiplos;
- Bancos de investimento;
- Bancos de desenvolvimento;
- Caixas Econômicas;

---

<sup>24</sup> Crimes contra o sistema financeiro nacional in Revista dos Tribunais nº 718, p. 363.

- Sociedades de crédito, financiamento e investimento;
- Sociedades corretoras;
- Sociedades distribuidoras;
- Entidades de previdência privada;
- Sociedade de arrendamento mercantil.

Não existe nenhuma diferença, para a tipicidade da conduta, na comissão de um delito no exercício de gestão de uma ou outra dessas instituições. As peculiaridades, eventualmente existentes, variarão no caso concreto de acordo com o tipo e o objeto da instituição e, quando muito, interferirão na censura do agente.

Não se torna supérflua a determinação objetiva das funções dos partícipes do mercado. Assim entendemos, pois sendo o crime em análise, tipo de comissão própria, apenas as fraudes perpetradas na gestão de uma função específica da instituição poderá caracterizar o crime do caput do art. 4º.

### **3.1. Bancos comerciais**

Os Bancos, antigamente, eram, em sua maioria, de natureza pública e praticamente resumiam-se à prestação de serviços econômicos básicos de depósito e pagamento. Com a evolução da economia, o sistema financeiro abriu as portas para a formação de instituições e bancos particulares, que constituem hoje a maioria absoluta dos agentes do mercado.

Além disso, realizam a grande parte das operações do sistema financeiro, caracterizando-se como sua unidade estrutural mais relevante<sup>25</sup>. Basicamente, o Banco é a entidade responsável pela intermediação de operações de crédito, assumindo também inúmeras atividades e serviços acessórios relacionados com a poupança popular.

Entre as atividades dos bancos comerciais, segundo **Soares da Veiga**, incluem-se “a) recepção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis; b) operações de crédito, incluindo concessão de garantias e outros compromissos, locação financeira e factoring; c) operações de pagamento; d) emissão e gestão de meios de pagamento, tais como cartões de crédito; cheques de viagem e cartão de crédito; e) transacções, por conta própria ou da clientela, sobre instrumentos dos mercados monetário e cambial, instrumentos financeiros a prazo e opções e operações sobre divisas ou sobre taxas de juro e valores mobiliários; f) participação em emissões e colocações de valores mobiliários e prestação de serviços correlativos; g) actuação nos mercados interbancários; h) consultoria, guarda, administração e gestão de carteiras de valores mobiliários;...”<sup>26</sup>, entre outros serviços não presentes na maioria das casas bancárias.

No Brasil, o objeto dos Bancos não difere, podendo, conforme a lição de **Eduardo Fortuna**:

“descontar títulos; realizar operações de abertura de crédito simples ou em conta corrente (contas garantidas); realizar

<sup>25</sup> Por esse motivo, a abordagem das funções dessa instituição será maior que as outras.

<sup>26</sup> SOARES DA VEIGA, Vasco. Direito Bancário. Coimbra: Almedina, 1997, p. 69 e segs.

operações especiais, inclusive de crédito rural, de câmbio e comércio internacional; captar depósitos à vista e a prazo fixo; obter recursos junto às instituições oficiais para repassar aos clientes; obter recursos externos para repasse; efetuar a prestação de serviços, inclusive mediante convênio com outras instituições”<sup>27</sup>.

Na Itália, país de grande tradição no ramo bancário, o “Testo Unico”, legislação que rege a matéria de direito bancário, determina a atuação dessas instituições, como informa **Roberto Ruozzi**:

- “1) colheita de depósitos ou de outros fundos com obrigação de restituir;
- 2) operações de empréstimo (compreendido, em particular, o crédito ao consumo, o crédito com garantia hipotecária, o *factoring*, as concessões de crédito pro soluto e pro solvendo, o crédito comercial incluído o *forfaiting*);
- 3) leasing financeiro;
- 4) serviços de pagamento;
- 5) emissão e gestão de meios de pagamento (cartas de crédito, *travellers checks*, letras de crédito);
- 6) concessão de garantias e penhoras de firma;
- 7) operações por conta própria ou por conta da clientela:

---

<sup>27</sup> FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p. 22.

- instrumentos de mercado monetário;
- câmbios;
- instrumentos financeiros a termo ou opção;
- contratos sobre taxas de câmbio e taxas de interesse;
- valores mobiliários;

8) participações sobre emissões de títulos e prestações de serviços conexos;..."<sup>28</sup>

É inegável, portanto, a complexidade da estrutura e dos atos praticados pelos bancos comerciais. Não é por acaso que recentemente surgiram intensos estudos para a difusão de serviços de controle e redução de riscos nas instituições financeiras. O instituto da supervisão bancária ganha a cada dia maior relevo, sendo encontrado em qualquer país economicamente consolidado. Por intermédio de uma permanente coleta de dados relativos às instituições bancárias, as autoridades financeiras podem diagnosticar problemas específicos no sistema, gerando até uma intervenção ou liquidação da entidade.

Ressalte-se também que muitas atividades bancárias não guardam compatibilidade com outras e será absolutamente normal a autonomia e independência dos diversos setores de um banco comercial.

Isso se explica pela objetiva diversidade das funções passivas e ativas dos bancos comerciais. Na primeira classificação, incluem-se os depósitos, as contas-correntes, o redesconto, enquanto, no segundo grupo, inserem-se,

---

<sup>28</sup> Economia e Gestione della Banca. Milano: Egea, 1997, p. 25.

fundamentalmente, as operações de crédito<sup>29</sup>. Existem também algumas operações acessórias, como por exemplo a guarda de valores.

A relação existente entre Banco e cliente é de natureza privada, e ao banqueiro impõem-se determinados deveres, cuja violação acarreta até mesmo sanções de natureza penal. Um importante princípio é o da transparência das informações. Leciona a respeito **Quiroga Mosquera**:

“o princípio da proteção da transparência das informações consiste na necessidade de divulgação de informações isonômicas para os participantes do mercado financeiro e de capitais; princípio que assegura a neutralidade das oportunidades nos negócios realizados no mercado financeiro e de capitais”.<sup>30</sup>

À transparência das informações liga-se a obrigatoriedade de não discriminação dos investidores. No mercado financeiro, reina, de certa forma, um princípio da igualdade, impedindo que a instituição beneficie determinados clientes em detrimento de outros. Na esfera administrativa, principalmente, é punível a conduta de prática não-eqüitativa, comum nas denominadas “operações casadas”.

Um dos princípios mais importantes a ser observado pela instituições bancárias é o dever de sigilo das operações passivas e ativas mantidas com o cliente. O sigilo bancário é garantia decorrente da proteção

---

<sup>29</sup> Conferir Nelson Abrão. Direito Bancário, p. 42 e segs.

<sup>30</sup> Os princípios informadores do direito do mercado financeiro e de capitais in Aspectos Atuais do Mercado Financeiro e de Capitais, p. 271.

constitucional à intimidade do cidadão. O fundamento desse dever das entidades atuantes no sistema financeiro tem dupla conotação. Em primeiro lugar, é inegável que o cidadão deve obter do ordenamento jurídico um círculo de proteção à ingestão de terceiros em sua intimidade, e é certo, ainda, que essa tutela se manifesta, também, mediante o sigilo de operações intermediadas pelo Banco, em especial, sua movimentação de conta-corrente.

Em outro viés, o sigilo bancário representa um verdadeiro interesse próprio da instituição e do mercado, uma vez que por intermédio do “anonimato” do cliente e da operação a possibilidade de investimentos aumenta.

Sabe-se, por outro lado, não ser absoluto o sigilo bancário, cedendo a outros interesses, em uma análise de ponderação de valores constitucionais. O dever de sigilo do banco, então, é afastado segundo interesses públicos por determinação da autoridade jurisdicional competente e das Comissões Parlamentares de Inquérito.<sup>31</sup>

### **3.2 - Bancos Múltiplos**

Criados em 1988, são instituições financeiras bancárias que realizam diversas atividades relacionadas com o mercado, podendo congrega, basicamente, as funções de um banco comercial, banco de desenvolvimento, de investimento e de sociedade de crédito. O Banco Múltiplo deve realizar obrigatoriamente duas dessas operações, a de banco comercial e a de investimento. As grandes Instituições Financeiras são constituídas sob essa

<sup>31</sup> Outra considerações serão feitas no tópico referente às diligências na investigação e o MPF.

forma.

### 3.3 - Bancos de investimento

Destinadas a realizar operações de médio e longo prazo, detendo importante participação no mercado, essas instituições financeiras de natureza privada têm como principal função o financiamento de capital fixo e capital de giro de empresas, captando recursos de origem externa. **Mellagi Filho** sintetiza suas operações ativas:

- “- empréstimo a prazo mínimo de um ano para financiamento de capital fixo;
- empréstimo a prazo mínimo de um ano para financiamento de capital fixo;
- aquisição de ações, obrigações ou quaisquer outros títulos e valores mobiliários para investimento ou revenda no mercado de capitais (operações de *underwriting*);
- repasses de empréstimos obtidos no exterior;
- repasses de recursos obtidos no País;
- prestação de garantia de empréstimos no País ou provenientes do exterior”<sup>32</sup>.

São instituições poderosas com grande aporte de capital e participação no mercado.

---

<sup>32</sup> Ob. cit., p. 30.



### 3.4 - Bancos de desenvolvimento

Instituições públicas destinadas a financiamentos de crédito de médio e longo prazo geralmente vinculadas a projetos de desenvolvimento nacional e regional, atuando como repassadores de recursos do governo federal.

### 3.5 - Caixas Econômicas

Atuam como a instituição fundamental do Sistema Financeiro da Habitação, tendo como principal operação financeira a captação de depósitos em caderneta de poupança. São agentes públicos destinados a um fim prioritariamente social nas atividades desempenhadas, financiando bens de consumo e concedendo crédito à população de pequena e média renda, como explica **José Evaristo dos Santos**:

“A Caixa Econômica Federal é de certa forma a entidade central do SBPE - Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo. É a última remanescente das caixas econômicas - instituições financeiras constituídas sob a forma de autarquias, com finalidade de estimular a poupança popular, aplicando os depósitos recebidos e demais recursos em operações de crédito que visam à promoção social e ao bem-estar da população”.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> No mesmo sentido, Mellagi Filho: “São, portanto, instituições de cunho eminentemente social, concedendo empréstimos e financiamentos a programas e projetos nas áreas de assistência social, saúde, educação, trabalho, transportes urbanos e esportes” *in Mercado Financeiro e de Capitais*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 29.

### 3.6 - Sociedades de Crédito, financiamento e investimento

Instituições financeiras captadoras de depósito de menor porte no sistema financeiro, que podem ser de economia e crédito mútuo ou de crédito rural, destinadas a oferecer crédito e serviços a seus associados ou fazendo a intermediação entre consumidores e o comércio.

### 3.7 - Sociedades corretoras

Atuam fundamentalmente nas negociações de títulos e valores mobiliários, captando e intermediando recursos de terceiros principalmente junto à Bolsa de Valores, submetendo-se à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários. **Ronald Hillbrecht** descreve suas principais operações:

- Subscriver emissões de títulos e valores mobiliários,
- intermediar a oferta pública e distribuição de títulos e valores mobiliários no mercado,
- instituir, organizar e administrar fundos de investimento,
- emitir certificado de depósitos de ações”.<sup>34</sup>

### 3.8 - Sociedades distribuidoras

Possuem, basicamente, as mesmas funções das sociedades corretoras, operando também nas Bolsas de Mercadorias e Futuros, bem como comprando e vendendo títulos e valores mobiliários, por conta própria ou de

---

<sup>34</sup> Ob. cit., p. 27.

terceiros.

### **3.9 - Entidades de previdência privada**

Abertas ou fechadas a determinado grupo de trabalhadores, destinam-se a garantir a aposentadoria de seus associados, cobrando-lhes contribuições mensais.

### **3.10 - Sociedade de arrendamento mercantil**

Instituições financeiras destinadas a realizar o **leasing**, um tipo específico de contrato assemelhado à locação, em que determinada empresa aluga um equipamento ou um imóvel junto a uma instituição financeira, tendo a opção ao final do contrato de sua renovação, devolução do bem ou a compra pelo preço residual.

## **4 - Instituições financeiras por equiparação**

Até agora, tratou-se das instituições que operam no mercado com a devida permissão da autoridade. Entretanto, o sistema financeiro pode ser atingido por entidades operando sem autorização oficial para desenvolver essa função. Além desta conduta que, por si só, caracteriza um tipo penal autônomo da Lei 7.492/86, a pessoa física ou jurídica que se enquadrar na situação descrita pelo art. 1º responderá também por certos delitos próprios das instituições

financeiras oficiais.

O artigo 1º, em seu parágrafo único, dispõe a respeito de determinadas pessoas físicas e jurídicas consideradas instituições financeiras por equiparação. Vale transcrever:

“Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

**II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.”**

No inciso I, figuram as entidades que, por sua natureza de captação e intermediação de recursos da poupança popular, são legalmente equiparadas às instituições próprias do sistema financeiro, representadas pelas seguradoras, as administradoras de consórcios, as instituições de câmbio e as sociedades de capitalização, possuindo autorização legal para o exercício dessas atividades.

Não há, em relação a essas entidades, grandes debates ou divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Já no inciso II, surge um dispositivo polêmico da Lei 7.492/86, criticado por todos os autores que analisaram esse diploma, pela excessiva abrangência penal que o art. 1º acabou criando.

Para que seja possível caracterizar atividade privativa de instituição financeira é necessária a presença dos elementos próprios das instituições

financeiras na conduta do agente: captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros.

Nesse sentido, ensina **Quiroga Mosquera**:

“Nesse sentido, portanto, o Poder Judiciário entendeu que a Lei nº 4.595/64 aprovou como indicador de atividade típica de instituição financeira a coleta acoplada com a intermediação, ou a coleta seguida da aplicação; tendo-se em mente que coleta significa recolher de terceiros.

Concluindo, a presença de uma das atividades previstas no artigo 17, isoladamente, em uma operação realizada por uma determinada pessoa (física ou jurídica), não pode caracterizá-la como instituição financeira”.<sup>35</sup>

Da mesma maneira, oportunas são as observações sobre o tema de

**Wilson do Egito Coelho**:

“Teremos, então, como coleta, a operação passiva (devedor direto) e como aplicação, a operação ativa (credor direto). Da inter-relação das duas surge a intermediação que, em Direito Comercial, significa intromissão especulativa.. Os três elementos interligados, reciprocamente dependentes, formam uma unidade conceitual, portanto.

Deste modo, a aplicação de recursos financeiros, próprios ou de

---

<sup>35</sup> Tributação..., ob. cit., p. 51.

terceiros, em moeda só será atividade privativa das instituições financeiras quando ficar caracterizada a intermediação, ou coleta anterior dos mesmos recursos”.<sup>36</sup>

A grande discussão gira em torno da expressão “ainda que de forma eventual”, mencionada no final do inciso II, isso porque acaba estendendo de maneira extrema a incidência penal da Lei 7.492/86. Se compreendida de maneira literal, a interpretação da lei pode beirar o absurdo, como diversos autores já denunciaram<sup>37</sup>.

**Paulo José da Costa Júnior** tem a mesma opinião:

“...em matéria penal, a abrangência do conceito não pode dar margem à incerteza e à insegurança jurídica, violando-se o basilar princípio do Direito Penal, que é o postulado da legalidade.

Foi exatamente o que sucedeu na redação do art. 1º em tela: a amplitude do conceito deu lugar à indeterminação. Basta indicar, a título exemplificativo, a dificuldade de interpretação do inciso II do parágrafo único, que cuida da equiparação da pessoa natural que exerça quaisquer das atividades declinadas no *caput* e no inciso I do mesmo parágrafo, ainda que de forma eventual”.<sup>38</sup>

Essa equiparação não foi novidade da Lei 7.492/86, pois já existia

---

<sup>36</sup> Empréstimo de dinheiro por particulares: quando se caracteriza operação privativa dos bancos. In Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 7, p. 251.

<sup>37</sup> A título de exemplo, Nilo Batista e Juarez Tavares na apresentação e prefácio do livro de José Carlos Tórtima. Crimes contra o sistema financeiro nacional Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

<sup>38</sup> Crimes do Colarinho Branco. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65.

dispositivo semelhante na Lei de Reforma Bancária.

Obviamente, não é razoável tratar o particular que pratica uma operação de captação e intermediação de recursos de terceiros como instituição financeira propriamente dita. Seria a negação do tipo penal do artigo 16. Essa consideração legal deve ser compreendida como um dispositivo de natureza funcional. A equiparação serve para determinados fins.

O fundamento é basicamente impedir o que se denomina “intromissão especulativa”. Captar, intermediar e aplicar recursos da poupança popular não é tarefa para qualquer um, requer conhecimentos, habilidades, responsabilidades e capacidades específicas. Não é por menos que se exige autorização da autoridade competente. Apenas desta forma é possível o exercício do controle sobre as relações dos mercados financeiros e capitais. Portanto, quando alguém sem permissão do Banco Central intromete-se especulativamente no mercado, ainda que de modo eventual, surge o dever de intervenção da autarquia financeira, para restabelecer a segurança e a credibilidade sistêmica, como se uma instituição financeira estivesse violando alguma regra do mercado.

A equiparação serve, assim, para criar uma relação jurídica entre a pessoa física ou jurídica e o BACEN e a CVM que possibilite uma intervenção eficaz para atender aos interesses do sistema financeiro, inclusive punindo os responsáveis mediante procedimento administrativo.

## Cap. II - O crime de gestão fraudulenta de instituição financeira

### 1. Objetividade jurídica

Como já se asseverou, atualmente existe a clara constatação de que a compreensão perfeita do fenômeno normativo-punitivo do direito econômico não pode restringir-se às fronteiras limitadas do direito penal tradicional. Daí porque surge para o intérprete a missão, nem sempre fácil, de filtrar a legislação penal nas mudanças céleres do sistema econômico.

Com isso, entretanto, não se sustenta uma submissão do sistema jurídico ao econômico, pois se este eventualmente se altera, será difícil que essa mudança, como é natural, não influencie o direito material econômico e, em consequência, o aplicador das normas de direito penal do sistema financeiro estaria diante de um mero reconhecimento da unidade sistêmica do direito.

O direito penal econômico engloba outros subsistemas tipificados de forma autônoma pelo legislador. Inserem-se nesta categoria os crimes contra a ordem econômica *stricto sensu*, contra as relações de consumo, contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro nacional e o crime de lavagem de dinheiro.

Quanto à objetividade jurídica do direito penal econômico, pronuncia-se **Manuel da Costa Andrade**:

“Ora, para além da sua índole *supra-individual* - aspecto formal, comum a outros grupos de *bens jurídicos* como os relativos à saúde pública, ao ambiente, etc. - os bens jurídicos tutelados pelo Direito



Penal Económico caracterizam-se materialmente pela sua relevância direta para o sistema económico, cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar”.<sup>39</sup>

Obviamente essa é uma definição mais abstrata, como uma conceituação do objeto dessa disciplina normativa, mas, para efeito de definição da área de tutela de um direito punitivo que intencione criminalizar o âmbito económico da sociedade, carece-se de uma maior especialização dos valores a serem protegidos pelos comandos legais.

Não se podem aceitar também as conceituações genéricas do bem jurídico protegido, exemplificadas na lição de **Agapito Machado**, para quem a proteção dirige-se à “boa execução da política económica do governo”<sup>40</sup>, pois, na grande maioria dos casos, dificilmente esse bem seria violado e a conduta, então, se não ofende nem expõe a perigo o bem jurídico, não caracterizaria crime contra o sistema financeiro. Além disso, as definições abstratas como essa minam o princípio da legalidade que, diga-se de passagem, não foi muito prestigiado com a descrição típica do art. 4º.

É certo que esse conceito atribuído ao bem jurídico protegido pela norma do art. 4º radica no dispositivo constitucional do art. 192, definidor da ordem financeira. Com efeito, é a locução da Lei Fundamental:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos

<sup>39</sup> A nova Lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de “bem jurídico” in *Direito penal económico*, Coimbra: CEJ, 1985, p. 91.

<sup>40</sup> Crimes contra o sistema financeiro nacional in Revista dos Tribunais nº 718, p. 31.

interesses da coletividade,..."

Entretanto, mesmo que seja obrigatório, como em qualquer atividade de interpretação jurídica, partir-se da Constituição, é necessário ter como premissa o caráter principiológico do *caput* do art. 192.

**Simone Nunes** confere a seguinte interpretação:

"Da leitura do *caput* do artigo constitucional supramencionado, identificamos pelo menos dois princípios que conformarão a atividade normativa na matéria referente ao sistema financeiro, que são: (i) a promoção do desenvolvimento equilibrado do país; e (ii) o atendimento aos interesses da coletividade."<sup>41</sup>

Portanto, pode-se sustentar, sem grandes preocupações, que o legislador penal, atendendo a esses fundamentos inscritos na CF, não poderá de maneira nenhuma tipificar como crime contra o sistema financeiro condutas que não violem o desenvolvimento equilibrado do País e os interesses da coletividade. Mas isso, para efeitos criminais, além de óbvio, é pouco.

Afirmar que a tipificação deve atender aos interesses coletivos e ao desenvolvimento equilibrado do País contribui apenas para que toda e qualquer criminalização tenha aparente compatibilidade vertical com a Lei Maior. Por isso, é necessária uma maior especialização dos valores a serem protegidos, sob pena de violarmos a função de garantia a ser desempenhada pelo bem jurídico<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Os Fundamentos e os Limites do Poder Regulamentar no Âmbito do Mercado Financeiro. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p.59.

<sup>42</sup> Sobre a teoria do bem jurídico, conferir **Maurício Antonio Ribeiro Lopes** Teoria Constitucional do Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 285 e segs.

Polêmica, da mesma maneira, é a doutrina de **Tulio Padovani**, quem sustenta a inexistência de bens jurídicos no sentido próprio a serem protegidos, mas o que denomina de “lugar jurídico”, um complexo de interesses juridicamente regulado, em que o Direito Penal possui a missão de garantir sua normatização interna, alcunhada de “regras do jogo”, atuando quando as regras forem violadas de forma grave. Em linhas gerais, citando **Pedrazzi**, discorre que a economia deve ser vista:

*“...não como objeto de tutela, mas de disciplina. A mesma afirmação, mutatis mutandis, pode, sem dúvida, ser referida ao mercado financeiro”.*<sup>43</sup>

Relegar a função do direito penal a um mero auxiliar ou um agente de reforço à disciplina de subsistemas jurídicos significa incompatibilizá-lo com sua a moderna concepção de protetor subsidiário de bens jurídicos fundamentais ao desenvolvimento da coletividade. É certo que o mercado financeiro e a economia são objetos de disciplina jurídica, porém a regulamentação dirige-se à tutela dos valores fundamentais desses subsistemas, até porque o direito não deve preocupar-se com situações ou fatos irrelevantes.

O bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/86, genericamente, é o sistema financeiro nacional. Em relação ao delito do art. 4º, tenta-se coibir a perpetração de fraudes nas atividades de gestão das instituições financeiras, buscando a proteção e um perfeito desenvolvimento deste subsistema jurídico

---

<sup>43</sup> Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1995, fasc. 3, p. 641.

que engloba, especialmente, os mercados financeiro e de capitais. Para a definição desse objeto normativo, emprestamos a lição de **Roberto Quiroga Mosquera**:

“b) o mercado financeiro representa o conjunto de operações realizadas entre as instituições financeiras, bancos e demais entidades financeiras e o público em geral, consistentes, dentre outras atividades acessórias, na captação de recursos financeiros junto à economia popular, para posterior concessão de créditos a terceiros;

c) o mercado de capitais representa o conjunto de operações, realizadas entre pessoas físicas, jurídicas e demais entidades equiparadas, consistentes na transferência de recursos financeiros de forma direta entre detentores e tomadores de capital, na qual as entidades financeiras participam, em regra, como intervenientes obrigatórios nos negócios...”<sup>44</sup>

Justifica-se o crime, pois, atualmente, o Estado depende diretamente da saúde de seu sistema financeiro. Todos os esforços da administração pública procuram manter o equilíbrio de sua economia para a atração de investimentos externos. Para isso efetivar-se, torna-se primordial a consolidação de um sistema financeiro austero, seguro, dotado de credibilidade perante o investidor, que deve acreditar na seriedade daqueles que controlam e

---

<sup>44</sup> Os princípios informadores do direito do mercado financeiro e de capitais in Aspectos Atuais do Mercado Financeiro e de Capitais, p. 270.

muitas vezes definem o destino de suas aplicações.

Além disso, a atividade bancária permeia a vida do homem moderno, sendo inimaginável uma sociedade desenvolvida sem a prestação desse tipo de serviço. Nesse passo, a confiança do setor financeiro é pressuposto da normalidade das relações sociais e econômicas. A norma penal em apreço serve então, emprestando-se uma definição lumahniana, para estabilizar as expectativas dos contatos sociais na atividade financeira.

A coletividade depende do sistema financeiro, principal motivo inspirador do saneamento de instituições em crise. Para usar um termo conhecido, teme-se a ocorrência do denominado “risco sistêmico”, com a falência de uma importante instituição, podendo causar um verdadeiro desastre econômico, com um “efeito dominó” sobre outras instituições financeiras, de modo a colocar em risco a economia do país e, em situações excepcionais, do mercado financeiro mundial. Assim ministra **Joseph Norton**:

“Os enlaces crescentes entre os mercados e a volatilidade dos fluxos de capital podem produzir um rápido contágio entre os mercados e, por conseguinte, dificuldades sistêmicas”.<sup>45</sup>

A norma em análise, em consequência, justifica-se para garantir a segurança ou a diminuição das possibilidades de incremento de situações arriscadas, colaborando no desenvolvimento sadio do mercado. **Eduardo Lundberg** explica essa necessidade normativa:

---

<sup>45</sup> El nuevo derecho bancario y la educación jurídica en el siglo XXI in Derecho Bancario y Financiero Moderno, p. 125.

“No caso do sistema bancário e financeiro, a preocupação com uma regulamentação governamental é historicamente mais acentuada, com seu foco originalmente voltado para a proteção da economia popular. Com o crescimento da importância das transações financeiras em todo o mundo, o controle governamental sobre os bancos e instituições financeiras está mais voltado para a preservação do sistema de pagamentos do país e o controle da solvência e estabilidade do sistema financeiro”.<sup>46</sup>

A tutela, portanto, dirige-se imediatamente ao sistema financeiro e, em segundo plano, aos investidores ou à economia popular. É certo, a teoria geral do direito nos ensina, que o sistema jurídico não tem o poder de impedir condutas, apenas conferir determinadas consequências. Nesse caso, procura-se estimular o investimento por meio de um mercado de relações leais<sup>47</sup>, controlado por um complexo normativo que procura inibir as práticas fraudulentas mediante severa sanção penal.

A discussão se torna um pouco mais complexa, eis que, em

---

<sup>46</sup> Rede de proteção e saneamento do sistema bancário in *Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional*, p. 30. Nesse prisma, sintetiza com propriedade **Quiroga Mosquera**: “A quebra de uma entidade ligada ao Sistema Financeiro Nacional corresponde, em última instância, à falência dos clientes dessa entidade, isto é, o colapso dos bancos gera o colapso de seus correntistas. Quem quebra não é apenas o banqueiro, quebra, também, o cliente do banqueiro. Daí por que, assim como o direito do mercado financeiro e de capitais dá segurança à economia popular, deve esse enredo normativo atribuir estabilidade às entidades financeiras. Assim procedendo, o legislador estará realizando seu objetivo primeiro, ou seja, o atingimento do desenvolvimento equilibrado do País e o atendimento dos interesses da coletividade”. Ob. cit., p. 267 e 268. É exatamente nessa premissa que o autor aponta o fundamento político econômico do PROER.

<sup>47</sup> Não foi por outro motivo que **João Marcello de Araújo Júnior** colocava a Gestão Fraudulenta em sua Proposta como um crime contra a “segurança dos negócios financeiros”. Ob. cit., p. 181.

princípio, a gestão fraudulenta é crime de perigo abstrato e, nesses casos, a definição do bem jurídico é ainda mais difícil. Os crimes de perigo abstrato justificam-se na medida da importância do bem jurídico protegido. Alarga-se a incidência típica para um estágio anterior à própria ofensa. Em regra, a consumação nos crimes de perigo abstrato independe de lesão, ou mesmo do início de violação do valor tutelado.

A doutrina, quanto à inexigência de resultado, é unânime, valendo reproduzir o magistério de **Nogueira da Gama e Fernandes Gomes**:

“Parece-nos, todavia, que esse art. 4, *caput*, melhor se identifica com os crimes de *perigo abstrato*, já que a simples existência da fraude, face ao bem jurídico tutelado que contempla a própria credibilidade, licitude e lisura do sistema, já deixa entrever, e até entrever, e até presumir, o perigo objeto da proteção, não sendo necessário constatar aquela real probabilidade de dano inerente à categoria dos crimes de *perigo concreto*.”<sup>48</sup>

Para **Rodolfo Tigre Maia** o crime é de perigo concreto, embora sua construção seja contraditória ao afirmar que a gestão fraudulenta “consuma-se com a simples realização da ação típica, independentemente de qualquer resultado fenomênico ou da causação de efetivo prejuízo às vítimas que, por sua vez, podem ser indeterminadas”<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Temas de Direito Penal e Processo Penal: em especial na justiça federal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 213. Nesse mesmo sentido Manoel Pedro Pimentel, op. cit. p. 53, Ali Mazloum, p. 63, Antonio Carlos Rodrigues da Silva, p. 49.

<sup>49</sup> Op. cit. p. 58.

Deve-se questionar, então, se o delito é de perigo abstrato ou concreto e qual o perigo que se pretende evitar com a tipificação da gestão fraudulenta.

Já foi frisado que a norma procura proteger a credibilidade sistêmica da ordem financeira nacional, porém, essa seria uma conceituação vaga, uma delimitação imprecisa, indicativa até de uma infração ao princípio da tipicidade.

Além disso, será que toda e qualquer gestão fraudulenta presume um perigo ao sistema financeiro? A resposta mais correta é negativa, principalmente nos casos das instituições financeiras por equiparação.

Uma forma de se interpretar qual o perigo exigível é analisar a antiga tipificação da conduta, ou seja, exigir uma probabilidade concreta de que a instituição pudesse falir, ter sua intervenção e liquidação decretada ou a possibilidade real de sérios prejuízos aos investidores.

Dessa maneira, poderiam ficar excluídas as gestões fraudulentas que auferissem lucro para a instituição ou seus investidores, o que não é razoável. A idéia de prejuízo e falência liga-se mais ao crime tipificado no parágrafo único do art. 4º: gestão temerária de instituição financeira.

Nos delitos de perigo abstrato, há um certo divórcio entre punição e bem jurídico, relacionando-se mais com a segurança das relações sociais. Por exemplo, quando se tipifica a condução de veículo automotor sob influência de álcool não se está protegendo propriamente a integridade física dos indivíduos,



mas se punindo diretamente, por razões preventivas, uma conduta que o legislador admitiu como contrária aos valores comunitários.

O crime de gestão fraudulenta, tal como tipificado na Lei 7.492, deve ser considerado como de perigo abstrato<sup>50</sup>, principalmente pela inexistência de descrição do perigo a ser criado. Isso não significa inexigir-se que a conduta seja apta a produzir o perigo ao sistema financeiro, à instituição ou ao investidor.

A potencialidade do perigo deve ser comprovada, não a sua ocorrência concreta. O perigo exigido, portanto, é da credibilidade das operações financeiras, primeiramente, da instituição perante os investidores e o mercado e do mercado em relação aos investidores.

A ação incriminada deve ser potencialmente capaz de criar nas instituições ou nos investidores uma desconfiança da austeridade, da segurança e da credibilidade do mercado financeiro e de capitais, ou, ainda, como exige a Instrução 08/79 da CVM, “criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários”, ou como no código de valores mobiliários português, “uma alteração artificial do regular funcionamento do mercado, capaz de modificar as condições de formação dos preços, as condições normais da oferta ou da procura de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros”. Assim, excluem-se as fraudes irrelevantes ao mercado ou insignificantes. Essa potencialidade deve ser objetivamente comprovada. A propósito, **José de Faria**

<sup>50</sup> Na proposta já citada de João Marcello de Araújo Júnior a Gestão Fraudulenta seria um delito de perigo concreto - perigo de liquidação, ocorrendo um aumento de pena se o resultado fosse verificado. Idem, ibidem.

**Costa:**

“Por outro lado, a situação que comporta um desvalor de resultado de perigo (ou um desvalor de dano/violação) só ganha densidade axiológica no momento em que se envolve com o referencial que o bem jurídico representa. Não há situações abstratamente perigosas. Toda e qualquer situação é perigosa em relação a um referencial: pressupõe, irrefragavelmente, um outro elemento. O perigo é também nesta medida um juízo essencialmente relacional. O que determina que a noção do perigo tenha sempre de ser apreciada, na contextualidade situacional.”<sup>51</sup>

Juarez Tavares não diverge dessa concepção, sustentando que “não há injusto sem a demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico”<sup>52</sup>.

Cabe acrescentar, ainda, que a relevância e a potencialidade do perigo ao bem jurídico devem ser aferidas no contexto das operações fraudulentas, ou seja, analisando-se a gestão de modo global, não se exigindo que cada ação isolada seja relevante ou perigosa.

Mesmo que o intérprete prefira filiar-se a outras correntes, não se poderá admitir a punibilidade de fraudes sem a correspondente relevância do

---

<sup>51</sup> O perigo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 601. Em nota de rodapé nº 79 o autor comenta a afirmação “Não há situações abstratamente perigosas” da seguinte forma: “O que não quer dizer que se não possam conceber crimes de perigo abstracto. O que se passa neste campo e que mais adiante será suficientemente dilucidado, é que o legislador considera, generalizando, que as regras da experiência ensinam que certas condutas, de ordinário, põem em perigo certos e determinados bens.”. Idem, ibidem.

<sup>52</sup> Teoria do Injusto Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 179.

ardil. Adotando-se a lição de **Gunther Jakobs**, chega-se ao mesmo entendimento, pois o importante é que a punibilidade seja dirigida sempre à danosidade *social* da conduta<sup>53</sup>. Aquele que preferir o magistério de **Figueiredo Dias** também deverá exigir a mesma análise, pois ensina o mestre português:

“A medida da necessidade de tutela de bens jurídicos não será um acto de valoração *in abstracto* (essa foi levada a cabo legislador ao determinar a moldura penal aplicável: supra, § 257 ss.), mas um acto de valoração *in concreto*, de conformação social da valoração legislativa, a levar a cabo pelo aplicador à luz das circunstâncias do caso”.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Derecho Penal- Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 58.

<sup>54</sup> Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 228.

## 2. Objeto material

O objeto material do delito tem íntima relação com o bem jurídico protegido e seu titular, o sujeito passivo. A doutrina vem vacilando neste tema, pela incompletude de suas definições ou até pela inexistência de comentários específicos. Discorre **Manoel Pedro Pimentel**:

“A instituição financeira como um todo, os seus livros, registros, balanços, operações, serviços, constituem o objeto material deste crime. Do seu exame é que poderá resultar a convicção de uma gestão fraudulenta ou temerária. A primeira, mais objetivamente, enquanto que a segunda, como dissemos, com elevada taxa de subjetividade”.<sup>55</sup>

Em sentido próximo, a opinião de **Ali Mazloun**:

“É o conjunto de coisas e instrumentos de que dispõe a *instituição financeira* para realizar e concretizar os seus objetivos sociais, praticando nesse sentido diversificadas atividades de gestão, materializadas em livros, balanços, contratos (operações e serviços) e registros. Suas atividades administrativa, financeira e comercial constituem o objeto material do crime”.<sup>56</sup>

Faltam nessas definições uma maior explicitação da documentação suscetível de manipulações fraudulentas . Na relação entre as instituições e as

---

<sup>55</sup> Ob. cit., p. 52.

<sup>56</sup> Crimes do Colarinho Branco, p.62.

autoridades do mercado o maior exemplo é o COSIF - Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional -, em que o Banco Central realiza o primeiro estágio da supervisão bancária mediante as informações remetidas mensalmente pelo agente financeiro neste instrumento contábil. Além disso, todas as informações dirigidas eletronicamente por intermédio do SISBACEN.

Nas corretoras, os mapas diários das operações enviados à Bolsa e à CVM.

Nas relações da instituição financeira com os clientes, interessam os extratos das operações e, principalmente, os contratos relativos aos serviços financeiros prestados.

### 3. Sujeito ativo

Aquele que tem o comando do desenvolvimento da ação punível é denominado sujeito ativo do crime. A ocorrência do evento ou da conduta descritos tipicamente depende de sua ação, positiva ou omissiva. É quem pratica o núcleo do tipo objetivo, o fato incriminado, portando, também, as condições subjetivas exigidas para a configuração do delito.

O crime é classificado, tendo em vista a possibilidade de comissão pelo sujeito ativo, em próprio ou comum.

A gestão fraudulenta é eminentemente um delito próprio, exigindo-se o domínio do fato por, no mínimo, uma das pessoas elencadas no art. 25 da Lei 7.492/86:

“São penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (*Vetado*).

§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (*Vetado*) o interventor, o liquidante ou o síndico”.

Este artigo, basicamente, estabelece os sujeitos ativos dos crimes descritos na Lei. Embora existam alguns tipos penais comuns, a regra dos crimes contra o sistema financeiro é a existência de delitos próprios, ou seja, crimes que exigem uma especial qualidade do agente. O artigo 25 nada mais faz do que elencar todas as pessoas detentoras, em tese, do “domínio do fato” no sistema financeiro, por dirigirem, controlarem, gerirem ou administrarem instituições

atuantes no mercado ou, ainda, estarem na posição de interventores, liquidantes e síndicos.

É necessário frisar que determinados diretores de grandes bancos comerciais possuem uma função de extrema relevância na ordem econômica. Uma entidade como essa detém mais capital de investimento que muitas unidades federativas. Impõe-se, assim, ao administrador desses recursos deveres de transparência e seriedade na condução dos negócios da instituição.

Sem dúvida nenhuma, o problema da autoria dos crimes contra o sistema financeiro está longe de ser algo de fácil solução. Isso porque, a partir do momento em que o diploma legislativo estabelece um rol de eventuais responsáveis pelas infrações, a interpretação retirada do tipo objetivo acaba ficando seriamente prejudicada. Em um primeiro momento, a tendência é imaginar que aquelas pessoas arroladas no artigo 25 são os únicos autores possíveis. Da mesma maneira, pode o intérprete pensar que esses sujeitos têm domínio do fato em todas as situações englobadas pelos tipos da lei ora estudada.

O presente trabalho não comporta um vasto estudo sobre o problema da autoria em direito penal, no entanto, devido à necessidade irrenunciável de investigar o problema dos sujeitos ativos na gestão fraudulenta, surge a compreensível preocupação de se determinar, de modo preciso, quem, efetivamente, poderá desenvolver ao longo da administração de uma instituição financeira atividades fraudulentas.

Isso porque parece claro, pela história desse tipo penal, bem como pela gravidade da sanção cominada, que o comando normativo, embora aparentemente genérico, deva ser considerado de uma forma restrita em relação à autoria.

No entanto, basta analisar a estrutura de constituição dessas entidades para admitir uma completa descentralização e especialização das atividades gerenciais, fazendo com que diversas pessoas da mesma instituição tornem-se destinatárias do tipo penal do art. 4º.

O mais correto portanto é considerar como potencial autor somente aquele que detém um poder de fato capaz de influir nas decisões fundamentais da instituição. Com isso pretende-se afirmar que, por exemplo, os gerentes de conta corrente não são sujeitos ativos deste delito, pois não têm condição fática para gerir, ou melhor, controlar o banco, mas apenas determinadas operações. Conclusiva sobre o tema é a lição de **Nilo Batista**:

“O gerente administrador de que se trata, aqui, é o ‘gerente sócio ou sócio-gerente’, este último também encontrável nas sociedades de responsabilidade limitada, não o gerente preposto que executa pautas administrativas sobre as quais nada decidiu.

...

Ora, quem ousaria sustentar, após aprofundar seu exame que o ‘gerente’ referido na lei é o gerente preposto que executa as linhas administrativas no restrito âmbito de uma filial, e não o gerente



administrador, sócio ao qual eleição ou convenção outorga reais poderes para dirigir a empresa? Também da perspectiva formalista, emparelhar o gerente de uma agência bancária ao diretor do banco é apenas deixar-se trair pela polissemia da expressão, e portanto, inadmissível”.<sup>57</sup>

Essa interpretação tem sua gênese na própria descrição que faz o art. 4º da Lei, visto que o comando descreve a gestão fraudulenta na "instituição financeira", e não em operações financeiras. Não haveria dúvida em incluí-los se o tipo penal fosse "realizar operações financeiras de modo fraudulento".

Como o tipo penal exige que a fraude seja no comando da instituição, parece clara a vontade do legislador de excluir eventuais fraudes isoladas no seio do mercado financeiro ou de capitais cometidas por simples funcionários das instituições.

Da mesma maneira, quando o tipo penal trata da gestão de "instituição financeira", quer com isso tipificar um controle, uma administração direcionada para a atividade de mercado ilícita, irregular, fraudulenta, enfim, procura-se punir aqui aqueles que decidem, que comandam os principais destinos da instituição e não a conduta de quem meramente executa alguns atos

---

<sup>57</sup> O conceito jurídico-penal de gerente na Lei nº 7.492, de 16/6/86 in Fascículos de Ciências Penais. Ano 3, vol. 3, n. 1, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 33 e segs. Neste trabalho, Nilo Batista cita a doutrina de Manoel Pedro Pimentel exatamente convergente com sua posição: “O gerente de uma agência bancária que está ligado à empresa por laços empregatícios, na verdade não dirige à instituição financeira - no caso, um banco - mas apenas administra uma pequena parcela do todo, como preposto, executando a política traçada pelos seus superiores...(p. 132)”. Por todas essas opiniões preferimos adotar a expressão “gestão” e não “gerência” fraudulenta de instituição financeira, fazendo com que sejam atenuados os equívocos na interpretação.

ou, mais precisamente, certas atividades bancárias.

Sobre o tema, **Francisco Betti**:

“Os crimes da Lei 7.492/86, como se observa, são crimes próprios porque exigem capacidade especial de seu autor, consubstanciada no poder de realizar ou determinar a realização do ilícito. Simples gerentes, que exercem atividades subalternas em agências ou filiais, assalariados modestos, que respondem por parcelas mínimas do conjunto empresarial, não participando das decisões relevantes e de magnitude na vida empresarial, poderão ser sujeitos ativos de outros crimes, previstos no âmbito de sua competência exclusiva, questão a ser examinada em cada caso”.<sup>58</sup>

A opinião merece reparos. Antes de tudo a expressão “parcelas mínimas” do conjunto empresarial diz pouco. Ora, não importa a quantidade, mínima ou máxima, deve-se, exclusivamente descobrir se há poder de gestão.<sup>59</sup>

A exegese admissível é restringir o denominado poder de gestão àquele que possuir a capacidade autônoma e independente de praticar os atos próprios de uma instituição financeira: captação, intermediação ou negociação de títulos ou valores mobiliários e os responsáveis pelos serviços financeiros.

Por autonomia e independência, entende-se a ausência de autorização de qualquer outra pessoa hierarquicamente superior para a prática

---

<sup>58</sup> Aspectos dos Crimes contra o Sistema Financeiro no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 75/6.

<sup>59</sup> Vale lembrar, a título ilustrativo, que Nick Leeson tinha uma parcela mínima de poder dentro do Banco Barrings.

dos atos de captação, negociação e intermediação. Obviamente se excluem os órgãos máximos da sociedade, os conselhos e a assembléia. A autonomia refere-se à ausência de consulta, autorização ou concordância de uma pessoa com poderes de veto sobre determinada operação.

Isso se explica principalmente se analisarmos a regulamentação anterior da matéria em que a configuração da gestão fraudulenta dependia da ocorrência da falência ou intervenção extra-judicial da instituição. Seria inexplicável punir, no sistema anterior, alguém pelo cometimento da fraude se a falência da instituição fosse provocada por um setor diverso do seu.

De outra forma, como a intervenção e a liquidação da instituição operam contra os seus controladores e diretores, o caminho mais correto para a exegese do dispositivo é restringi-lo a quem controla a instituição.

Esse caráter de controle da instituição coaduna-se com a caracterização deste modelo penal como sendo uma tipificação de uma gestão ilícita exercida em continuidade.

Retomando novamente o art. 25, a interpretação mais correta é no sentido de que, geralmente, essas pessoas, pelo cargo exercido, podem concorrer para o delito. No direito penal moderno, exclui-se qualquer cogitação de uma responsabilidade objetiva, por força do princípio *nulla poena sine culpa*. Não basta ser gerente, administrador ou diretor de uma instituição usada como instrumento da prática de crime contra o sistema financeiro para ser acusado do delito, é indispensável uma individualização mínima da conduta objetivamente

censurável de cada partícipe, sob pena de falta de justa causa.

Cite-se o caso dos gerentes, em que o “âmbito da função técnica determina o limite de sua função jurídica”<sup>60</sup>, ou seja, em um crime envolvendo operação de câmbio, por exemplo, o gerente ou diretor de instituição financeira de uma área absolutamente diversa não possuirá o domínio do fato.

Além disso, é perfeitamente possível a existência de funções de direção ou gestão de instituição financeira sem que o departamento possua relação com os mercados financeiro ou de capitais. Um exemplo simples seria o diretor ou gerente de marketing de um banco comercial, pois fraudes nesse setor dificilmente violariam o bem jurídico tutelado. É verdade, entretanto, que poderá ser decisiva sua participação em meios iludentes dirigidos ao investidor, caracterizando o crime em debate.

Na mesma linha **Cezar Roberto Bittencourt**:

“Por isso, a previsão do art. 25 da Lei 7.492/86 não se afasta dos princípios fundamentais do direito penal da culpabilidade, em geral, e do disposto no art. 12 do CP, em particular, que estabelece sua subsidiariedade a todas as leis extravagantes. Com efeito, a responsabilidade penal dos controladores ou administradores será sempre possível, desde que devidamente individualizada e orientada subjetivamente.”<sup>61</sup>

<sup>60</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. vol. I, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 129.

<sup>61</sup> Crimes contra o sistema financeiro nacional praticados por administradoras de consórcios. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Atipicidade. in Revista dos Tribunais nº 735, p. 494.

Não é esse, infelizmente, o entendimento da jurisprudência, que vem flexibilizando essa exigência nos denominados crimes societários<sup>62</sup>, onde o Ministério Público acaba direcionando a acusação a toda diretoria, sem que haja indícios de participação. Correto, por isso, o veto presidencial contra a disposição que responsabilizava penalmente os “membros de conselhos estatutários”, pelo inadmissível alargamento da incidência da norma penal.

Essa necessidade deriva, fundamentalmente, da restrição de acesso ao sistema financeiro nacional, que exige, para o ingresso e atuação no mercado, autorização específica por parte do BACEN, como se afirmou em capítulo anterior.

O elenco dos possíveis sujeitos ativos vem em consonância, até mesmo, com a estrutura típica do art. 4º, exigindo-se a participação na execução de, no mínimo, um agente com poderes, diretos ou mediatos, de direção, sem o qual o crime não se aperfeiçoa.

Aliás, a alusão que agora é feita ao poder mediato de gestão é necessária pois foi excluída pelo art. 25, o que confirma ainda mais sua imprecisão. É certo, porém, que a existência de um autor mediato, ao exigir a inimputabilidade do agente que serve de instrumento, será praticamente impossível nesses casos.

**O Superior Tribunal de Justiça assim analisa a matéria:**

---

<sup>62</sup> Confira, a propósito, o seguinte julgado do STF: HABEAS CORPUS. Denúncia. Crime Societário. Contribuição previdenciária descontada dos empregados e não recolhida aos cofres públicos. Conduta delituosa. Descrição pormenorizada. Requisito que não se mostra imprescindível. HC nº 73419 Rel. Min. Ilmar Galvão DJ 26-04-96, p. 13116.

“Direito Penal - Crime contra o sistema financeiro - Responsabilidade penal objetiva - Princípio **nullum crimen sine culpa** - Trancamento da ação penal.

1. A interpretação do artigo 25 da Lei nº 7.492/1986, que o vê como norma de presunção absoluta de responsabilidade penal, é infringente da Constituição da República e do Direito Penal em vigor , enquanto readmite a proscriita responsabilidade penal objetiva e infringe o princípio **nullum crimen sine culpa**.

2. **Habeas corpus** concedido para trancamento da ação penal.”<sup>63</sup>

Do voto do Relator, extraem-se as seguintes conclusões, extremamente importantes para a compreensão do debate:

“Tal interpretação do artigo 25 da Lei nº 7.492/1986, que o vê como norma de presunção absoluta de responsabilidade penal, deve, de forma peremptória, ser rejeitada, valendo, como vale, a indicação legal só e enquanto só o homem, pessoa física, como órgão da pessoa jurídica, tenha efetivamente praticado a conduta típica ou concorrido para a sua prática, como requisitam a Constituição da República e o Direito Penal em vigor, pena de rematada violação do princípio **nullum crimen sine culpa**.”<sup>64</sup>

Novamente a lição de César Roberto Bittencourt:

“...a responsabilidade penal dos controladores e administradores de

<sup>63</sup> HC 9.031-SP. Rel. Min. Hamilton Carvalhido - RSTJ/128, p. 479.

<sup>64</sup> Idem, p. 487.

instituição financeira será única e exclusivamente a responsabilidade subjetiva, e não pelo simples fato de ostentarem a condição de controladores ou administradores....Entendimento contrário importará reconhecer a responsabilidade objetiva, vedada pelo texto constitucional e pelo moderno direito penal da culpabilidade".<sup>65</sup>

Desta maneira, retorna-se, basicamente, ao regime da Parte Geral do CP, ou seja, serão penalmente responsáveis penal pelos crimes contra o sistema financeiro aqueles que concorrerem para sua prática. No caso do art. 4º, bastará a concorrência de um agente com os poderes ou as qualidades exigidas tipicamente.

A equiparação para fins de responsabilidade penal dos liquidantes, interventores e síndicos é medida absolutamente procedente. O interventor é nomeado pelo BACEN "com plenos poderes de gestão"<sup>66</sup>. O liquidante possui "amplos poderes de administração e liquidação, especialmente os de verificação e classificação dos créditos, podendo nomear e demitir funcionários, fixando-lhes os vencimentos, outorgar e cassar mandatos, propor ações e representar a massa em Juízo ou fora dele".<sup>67</sup> Em relação ao síndico, aplicam-se as disposições vigentes que tratam da falência.

Como se vê, a equiparação é necessária e fundamenta-se no

---

<sup>65</sup> Crimes contra o sistema financeiro nacional praticados por administradoras de consórcios. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. in RT -735, p. 493.

<sup>66</sup> Art. 5º da Lei nº 6024/74.

<sup>67</sup> Art. 16 da Lei nº 6024/74.

princípio de que os deveres dos liquidantes, interventores e síndicos equiparam-se aos do administrador, sendo de extrema responsabilidade e importância ao sistema financeiro. Não haveria, portanto, motivo para não se estender a eles o âmbito de aplicação normativa.

Se suas gestões forem permeadas por fraudes, respondem, também, em conformidade com a norma do art. 4º, pelo delito de gestão fraudulenta. Nesses casos, a culpa revela-se potencialmente agravada, seja pela consciência da ilicitude ou pela maior censura a quem desempenha função de saneamento da instituição financeira, de interesse marcadamente público.

Questão interessante surgiu com o advento da RESOLUÇÃO BACEN Nº 2.451, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1997 que dispõe sobre a segregação da administração de recursos de terceiros das demais atividades da instituição, quando aquela autoridade monetária resolveu:

“Art. 1º. Estabelecer a obrigatoriedade de as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil promoverem a segregação da administração de recursos de terceiros das demais atividades da instituição.

Parágrafo único. A segregação de atividades referida neste artigo pode ser promovida mediante a contratação da empresa especializada na prestação de serviços de gestão de recursos de terceiros.

Art. 2º. Para efeito do disposto no art. 1º, as instituições ali referidas devem designar membro da diretoria ou, se for o caso, sócio-gerente, tecnicamente qualificado, para responder, civil, criminal e administrativamente, pela gestão e supervisão dos recursos de terceiros, bem como pela prestação de informações a eles relativas.

Parágrafo único. A designação de membro da diretoria ou sócio-gerente para responder pela gestão de recursos de terceiros deve recair sobre pessoa que não possua qualquer vínculo com as demais atividades da instituição.



Art. 3º. A designação de que trata o artigo anterior deve ser objeto de imediata comunicação por escrito à Delegacia Regional do Banco Central do Brasil a que estiver jurisdicionada a instituição e, quando for o caso, à Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. A comunicação referida neste artigo deve se fazer acompanhar de declaração firmada pelo administrador designado pela instituição de que:

I - está ciente de suas obrigações para com os titulares dos recursos sob administração da instituição, bem como da exigência de que trata o art. 2º, parágrafo único;

II - é responsável, **prioritariamente**, nos termos da legislação em vigor, pela ocorrência de situações que indiquem fraude, negligência, imprudência ou imperícia na administração dos recursos de terceiros, sujeitando-se, ainda, à aplicação das penalidades cabíveis.”

Procurou o BACEN, por meio desta resolução, especializar ainda mais o domínio do fato nos recursos de terceiros, efetivamente o setor financeiro mais fértil em fraudes e operações temerárias, tentando, assim, individualizar ainda mais a responsabilidade administrativa, civil e penal do gerente. Resta indagar os efeitos que esse ato administrativo pode adquirir na esfera penal.

Como já anotado, o ato normativo não pode conferir uma interpretação diversa da disposição sobre o concurso de agentes na Lei 7.492/86, muito menos a do art. 29 do CP. Não basta declarar-se responsável pelas eventuais fraudes, sendo necessário ter concorrido para o fato. Caso contrário, facultaríamos a proliferação de “laranjas” na administração de instituições financeiras, tornando impune quem realmente detém o superior domínio da

decisão.

Talvez não tenha mesmo sido essa a intenção do BACEN ao usar a expressão “nos termos da legislação em vigor”. Seria, então, conferir ao administrador dos recursos de terceiros uma maior “censura”, ao apontá-lo como o responsável prioritário pelas eventuais fraudes no setor de seu comando?

Entendemos que uma presunção legal desse tipo faz desaparecer a medida da culpabilidade do art. 29 do CP, sendo também ilegal.

Na realidade, o artigo 25 e a resolução ou são supérfluos ou inconstitucionais. Entendendo que há simplesmente uma caracterização legal daqueles que poderiam, por hipótese, em razão do cargo que ocupam, cometer o crime, tornam-se irrelevantes os comandos normativos. Se a interpretação do texto for além do disposto no art. 29 do CP, responsabilizando penalmente, também, aqueles que não concorreram para o crime, a abrangência viola frontalmente o princípio constitucional de que não há crime sem culpa.

Na verdade, a Resolução reforça a impossibilidade de gestão fraudulenta no setor de recursos de terceiros sem a participação do responsável pelo setor, a não ser que se trate de alguém usado como mero instrumento, configurando uma hipótese de autoria mediata. Essa situação, entretanto, não será comum, tendo em vista a necessidade de aprovação prévia pelo BACEN da indicação do gerente responsável.

Tornando clara essa responsabilização direta e prioritária, ainda que não exclusiva, cumpre ao menos a resolução uma função preventiva.

#### **4. Concurso de pessoas na gestão fraudulenta**

O Código Penal, em seu art. 29, imputa a responsabilidade criminal a todos que, de forma consciente, concorrem para a realização do crime, ou seja, executam-no conjuntamente ou prestam colaboração para a concretização da figura típica, comandada por outrem.

A co-autoria tem lugar no delito em estudo se a continuidade das fraudes é executada mediante uma divisão racional dos aportes necessários à sua consecução. Determinadas atividades e operações realizadas no seio das instituições financeiras necessitam da convergência de mais de um agente para sua celebração. Certos atos podem ser realizados com a intervenção de mais de um gerente, sócio ou administrador da instituição.

O artifício ou ardil, por exemplo, pode independer, em certos casos, do agente com poderes de administração, necessitando o concurso de outras pessoas para a consecução do fim desejado, situação que revela outro problema: nem sempre o domínio do fato estará nas mãos daquelas pessoas arroladas no art. 25.

O objeto material do crime do art. 4º pode ser manipulado por agentes sem poderes de gestão. Em uma corretora, as intermediações e negociações na Bolsa são levadas a cabo pelo operador de mesa. Após celebradas as operações, um funcionário confecciona o mapa diário e envia para as autoridades. Nesse caminho podem ocorrer diversas fraudes, mas ainda não surgiu, ao menos objetivamente, a figura de nenhum dos agentes arrolados no

art. 25, que na maioria das vezes limitam-se a assinar o mapa diário, remetendo às autoridades competentes essas informações.

Nem no plano administrativo, a punição pela eventual existência de fraudes pode alcançar o responsável pela área envolvida, sem que se demonstre seu aporte contributivo ao fato. Esse debate é narrado por **Nelson Eizirik**:

“Não existe, em sede de processo administrativo sancionador, responsabilidade objetiva de diretor de companhia aberta ou de instituição financeira por infração praticada por subordinado seu, mesmo dentro de sua específica área de responsabilidade. Por exemplo, não há que se cogitar de responsabilidade *automática* ou objetiva de diretor de relações com o mercado de companhia aberta por toda e qualquer infração ao dever da companhia de informar o mercado sobre a ocorrência de fato relevante ocorrido em seus negócios, nos termos do § 4º do art. 157 da Lei das S.A.

Ainda que se possa cogitar, em tais hipóteses, da responsabilidade administrativa por *culpa in vigilando*, deve ser enfatizado que a aplicação de penalidades pressupõe, necessariamente, a culpabilidade do acusado. Deve ficar demonstrado que, dispondo o acusado dos meios necessários à fiscalização do seu subordinado, sabendo que estava ele a praticar determinado ilícito, ou podendo saber, com o exercício da diligência requerida para as suas funções,

omitiu-se no exercício do dever de fiscalizar, daí decorrendo a sua culpabilidade”.<sup>68</sup>

O próprio Conselho de Recurso do Sistema Financeiro Nacional exige a responsabilidade subjetiva como pressuposto para aplicação da sanção administrativa, como nos mostra **Marcelo Klug Vieira**:

“Neste sentido, encontram-se, hoje, inúmeras decisões do CRSFN adotando de modo uniforme a teoria da responsabilização subjetiva, de modo a concluir que apenas responde diretamente pelo ato ilícito administrativo aquele agente que nele esteja diretamente envolvido, concorrendo com culpa ou com dolo inequivocamente demonstrados pela autoridade fiscalizadora”.<sup>69</sup>

Aqui, porém, o regime é diverso. Se quaisquer dos agentes mencionados no art. 25 limitarem-se a assinar e remeter balancetes fraudulentos é certo que não cometerão o crime de gestão fraudulenta, pois, como se analisará oportunamente, o dolo é requisito da tipicidade.

A **participação** pode ocorrer com agentes do mercado destituídos de poder de administração, ou não sócios da instituição, mas que prestam colaboração para a consecução das fraudes, ou instigam aqueles dotados de poder de gestão a praticarem o crime em debate. São, por exemplo, os casos dos operadores de mesa na Bolsa de Valores.

---

<sup>68</sup> Reforma das S.A e do Mercado de Capitais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1998, p. 196/7.

<sup>69</sup> A Jurisprudência do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro in Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, org. Roberto Quiroga Mosquera. São Paulo: Dialética, 2000, p. 167.

Questão complexa refere-se à comunicabilidade da circunstância elementar “gestão” aos partícipes.

A norma do art. 4º é um típico crime próprio, pois se exige uma especial qualidade do sujeito ativo, isto é, o poder de gestão.

A partir do momento em que a Lei equipara à instituição financeira aquele que, mesmo sem autorização e eventualmente, realiza os atos privativos das entidades do mercado, não se pode, em homenagem a uma interpretação sistemática, excluir aqueles que, embora não figurando formalmente na administração, comandam a entidade financeira.

Retorna-se à seguinte afirmação: pouco importa quem conste no contrato social ou responda administrativamente perante o BACEN, há de se averiguar quem detinha o poder de decisão dentro da configuração fática. Em não se aceitando essa posição, pode-se quebrar toda teoria do autor em direito penal.

Geralmente, a imputação dos delitos próprios previstos na lei a terceiros é permitida, desde que exista no concurso autoria de, pelo menos, uma das pessoas com as especiais qualidades exigidas pelo tipo. É esse o entendimento majoritário em relação ao peculato, tradicional crime próprio<sup>70</sup>.

Para o crime de gestão fraudulenta, a interpretação deve ser

---

<sup>70</sup> Decidiu o STF: “Cometem peculato o serventuário de cartório judicial e o co-autor, mesmo que não tenha este a qualidade de funcionário público, que se apropria indevidamente do dinheiro recolhido a título de depósito judicial mediante falsificação de alvarás (HC 74.588-RS, DJU 7/2/97, p. 1340)”. Da mesma forma o STJ: “O peculato é crime próprio, no tocante ao sujeito ativo; indispensável a qualificação - funcionário público. Admissível, contudo, o concurso de pessoas, inclusive quanto ao estranho ao serviço público. Não se comunicam as circunstâncias e condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime (Rel. Luiz Vicente Cernichiaro - RT 712/464)”.

rigorosamente a mesma, sob pena de impunibilidade da participação. Da mesma forma, o pensamento do argentino **David Baigún**:

“As regras de autoria e participação são as comuns. O caráter de autor - direto e mediato - e as categorias da participação - instigação e cumplicidade - são aplicáveis tanto aos membros da direção, como aos funcionários e aos empregados da instituição financeira que intervêm no processo.”<sup>71</sup>

A co-autoria ocorre apenas entre os agentes que possuam o elemento típico exigido, o poder de gestão. As pessoas não qualificadas, isto é, sem as qualidades exigidas, podem, no máximo, ser punidas a título de participação, não por co-autoria. Isso porque o delito de gestão fraudulenta, além de próprio, enquadra-se na categoria dos crimes de infração de dever, marcado pelas obrigações de todos aqueles arrolados no art. 25.

Nesses casos o fundamento da imputação não é propriamente o domínio do fato, mas a exigência típica. Essa construção é explanada por **Roxin**:

“...o elemento que para nós decide sobre a autoria constitui uma infração de um dever extra-penal que não se estende necessariamente a todos os implicados no delito, mas que é necessário para a realização do tipo. Se tratam sempre de deveres que estão antepostos no plano lógico à norma e que, em geral, se

---

<sup>71</sup> Responsabilidade penal de las instituciones financieras. in Derecho bancario y financiero moderno, cord. Carlos Gerscovitch. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 1999, p. 693.

originam em outros ramos jurídicos. Exemplo desta categoria são os já citados deveres jurídicos-públicos dos funcionários, as obrigações de sigilo em certas profissões e estados e as obrigações jurídico-cíveis de satisfazer alimentos e de lealdade. Todos esses se caracterizam porque o obrigado se sobressai entre os demais cooperadores por uma especial relação com o conteúdo de injusto do fato e porque o legislador os considera com figura central do sucesso da ação como autores, precisamente devido a esta obrigação”.<sup>72</sup>

Aparentemente a afirmação nega vigência ao art. 30 do Código Penal, que estabelece a comunicabilidade das circunstâncias pessoais elementares do tipo. **Nilo Batista** esclarece a questão de modo definitivo:

“Convém recordar que o *extraneus* não pode ser autor de um crime especial, e convém observar que a comunicabilidade opera num fluxo *do autor para o partícipe*, e não ao contrário. Assim, equacionado o assunto, não é difícil propor a solução. Nos crimes especiais, autor idôneo é apenas aquele vinculado ao dever. Se o não qualificado *conhece* a idoneidade do autor, responderá: 1. Nos delitos especiais puros como *partícipe*, mesmo se interveio na execução do delito...”<sup>73</sup>

Por outro lado, a cadeia de intervenção no curso causal não pode

<sup>72</sup> Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo Madrid: Marcial Pons: 1998, p. 385/6.

<sup>73</sup> Concurso de agentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1979, p. 131.



fazer com que ocorra a imputação de participação em uma fraude já executada, como por exemplo nas operações que dependem da manifestação de diversos setores da instituição.

#### 4.1 Órgão colegiado -

Outro tema importante na matéria de co-autoria nos crimes contra o sistema financeiro e de grande incidência no cotidiano das instituições financeiras são as decisões relativas às operações de mercado tomadas no seio de seus órgãos colegiados.

Nesse particular, parcialmente corretas mostram-se as considerações de **Paulo José da Costa Jr.** e **Cesare Pedrazzi** em obra sobre o fenômeno delitivo no âmbito das sociedades anônimas:

“Em alguns ordenamentos estrangeiros, os diretores, como princípio, devem agir em colegiado: formam um órgão colegial, o conselho de administração, em cujo âmbito as decisões são tomadas por maioria. O mecanismo do colegiado faz com que o órgão administrativo, mesmo quando integrado por uma pluralidade de pessoas, funcione como uma unidade.

Os reflexos dessa estrutura sobre a responsabilidade penal foram analisados de modo particular pela doutrina italiana: para enquadrar os crimes cometidos pelos componentes do colégio, houve quem propusesse a criação da categoria do "crime colegial"; tratar-se ia de uma subespécie do crime plurissubjetivo que deve necessariamente ser praticado por uma pluralidade de sujeitos. No plano prático, o problema seria estabelecer se um membro do colegiado, que dissente da deliberação delituosa, deva de algum

modo por-se em ação, para exonerar-se da responsabilidade penal conseqüente.

...  
Só que o sistema da solidariedade é válido apenas no âmbito da responsabilidade civil: no campo penal, cada diretor responde pela própria conduta, e somente por ela.

...  
O princípio da responsabilidade penal pessoal é também válido nos casos de funcionamento colegial da diretoria: se uma operação delituosa for deliberada em colegiado, a responsabilidade não se estenderá aos membros ausentes, o mesmo aos presentes que se abstiveram de votar, ou que votaram contra”.<sup>74</sup>

Esses autores sustentam, também, que responderá penalmente o membro do colegiado “que não age para evitar o delito perpetrado”. Assim, revela-se uma certa contradição em relação à abstenção de votar, antes considerada impunível, pois não há diferença em um dos componentes do colegiado perceber a fraude e não agir para evitá-la e, percebendo, no momento de deliberação, abster-se para, em tese, não concorrer para a operação.

A imputação do delito aos membros do colegiado só poderá abranger aquele que conscientemente concorre para a aprovação das operações fraudulentas, de forma omissiva ou comissiva. Exemplificando: O Bacen

---

<sup>74</sup> Direito Penal das Sociedades Anônimas. São Paulo: RT, 1973, p. 32 e 33.

recentemente exigiu, por razões já conhecidas, a designação nas instituições financeiras de um Diretor para o bug do milênio, que poderia muito bem ser um técnico em informática. Esse indivíduo faz parte do órgão colegiado, mas, até por desconhecimento, abstém-se de deliberar sobre determinadas situações. Não responderá pelo delito. Ao contrário, se o diretor da área envolvida, tendo pleno conhecimento do teor fraudulento das operações, nega-se a votar, poderá, a título omissivo, responder pelo crime.

Nessa linha, é o importante estudo de **Salles de Toledo**, com base na Lei das S.A.:

“O administrador somente será responsável por atos de outros administradores ‘se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir sua prática’. Como se pode verificar, a co-responsabilidade depende estritamente da conduta culposa ou dolosa do administrador”.<sup>75</sup>

A conclusão é a mais indicada, pois, como já se demonstrou, a extensão da responsabilidade era tão temerária que a inclusão dessas pessoas no art. 25 foi vetada pelo Presidente da República.

O ideal, nessas situações, é a expressa manifestação contrária dos membros do órgão colegiado à realização das operações que entendem caracterizadoras de uma gestão fraudulenta, para que se eximam de eventual

---

<sup>75</sup> O Conselho de Administração na Sociedade Anônima. São Paulo: Atlas, 1999, p. 73.

responsabilização a título de co-autoria. Novamente **Salles de Toledo**:

“Estabelece a Lei das S.A., no mesmo dispositivo ora em exame [art. 158, § 1º], dois casos de exclusão da responsabilidade. Ambos relacionam-se a manifestações expressas da vontade em sentido contrário aos atos lesivos. O primeiro reporta-se à consignação da ‘divergência em ata de reunião do órgão de administração’.

...

O segundo modo previsto na Lei para que o administrador manifeste sua discordância com o ato lesivo é o da comunicação ‘imediata e por escrito ao órgão da administração, ao conselho fiscal se em funcionamento, ou à assembléia geral’.”<sup>76</sup>

Em ambas situações, o membro do órgão colegiado não responderá a título de co-autoria pela gestão fraudulenta. Com absoluta razão, **Francesco Antolisei** sustenta que os atos do colegiado na instituição financeira “constituem nada mais que uma *modalidade* do concurso de várias pessoas no mesmo crime”<sup>77</sup>. Assim, tem-se que a interpretação deve seguir o esquema traçado pelo art. 29 do CP, frustrando toda tentativa de extensão da responsabilidade penal. O grande mestre italiano, após intensa investigação do tema, de ampla polêmica em seu país, conclui:

“Esta particular modalidade de concurso de vários indivíduos em

---

<sup>76</sup> Idem, p. 74.

<sup>77</sup> Manuale di Diritto Penale. Leggi Complementari Vol. I - I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza. A cura di Luigi Conti. 10ª ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 77.

um mesmo crime não possui nenhuma influência sobre a responsabilidade penal dos singulares componentes do colégio. Os limites de tal responsabilidade são os mesmos que derivam dos princípios reguladores do nosso ramo do direito, porque, no atual momento histórico, a *responsabilidade penal coletiva* constitui, mais que uma heresia, uma blasfêmia jurídica”.<sup>78</sup>

Em síntese: será autor, co-autor do delito de gestão fraudulenta de instituição financeira todo agente com poderes de administração que concorreu para a consecução continuada das fraudes. Será partícipe aquele que concorre para o crime sem possuir as qualidades exigidas pelo tipo penal, desde que exista no concurso um agente com poderes de gestão<sup>79</sup>.

### 5. Sujeito passivo

O sujeito passivo de um crime é o titular do bem jurídico penalmente tutelado e ofendido com a conduta do sujeito ativo. Como já afirmado, o bem jurídico imediato é o sistema financeiro, e, nesse caso, o Estado, como principal gestor econômico por intermédio das autoridades de fiscalização, constitui-se como sujeito passivo do crime de gestão fraudulenta. Em segundo plano, a poupança popular.

---

<sup>78</sup> Ob. cit., p. 83.

<sup>79</sup> Interessante, por isso, e com o fim inequívoco de evitar as confusões derivadas do art. 25, o dispositivo do novo projeto da Parte Geral do CP que, em seu art. 5º, estabelece: A lei especial não conterá dispositivo que venha alterar a Parte-Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal, sendo-lhe vedado abolir as regras de aplicação da lei penal e os princípios relativos:

...

II - às formas de participação punível;...

Em outras situações, a própria instituição financeira vítima da conduta do gerente ou do administrador figurará como o sujeito passivo diretamente lesado. É o caso da concessão continuada de créditos mediante fraude, ou seja, induzindo em erro a instituição e fazendo crer que a operação financeira pode ser liquidada futuramente, objetivando um proveito patrimonial indevido. Ocorre geralmente nas instituições financeiras públicas. É, fundamentalmente, a contrapartida do delito do art. 19 da Lei 7.492/86:

“Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento.”

Resta saber se o sócio, o investidor e determinados órgãos públicos podem ser sujeitos passivos do crime do art. 4º.

Neste ponto, é absolutamente imprescindível uma comparação da gestão fraudulenta com o tipo penal do art. 6º da Lei 7.492, assim descrito:

“Induzir ou manter em erro sócio, investidor ou **repartição pública** competente relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente”.

Se as fraudes forem empregadas com o intuito de induzir em erro

essas vítimas, a conduta se amoldará ao “estelionato” tipificado no art. 6º, inadmitindo-se concurso formal ou material com o crime de gestão fraudulenta.

Desse modo, por força do princípio da legalidade, toda vez que os agentes arrolados no art. 25 usarem expedientes fraudulentos, induzindo em erro sócio, investidor ou repartição pública competente relativamente à operação ou situação financeira, sonegando-lhes informação ou prestando-a falsamente, a gestão fraudulenta de instituição financeira não se perfazerá, consumando-se, então, o estelionato financeiro.

Antes de tudo, é equivocado o conceito de repartição pública, já que nem no direito administrativo seu significado detém relevância jurídica. Reflexamente, ou a fraude não pode ser punida, pelo princípio da tipicidade, pois a essa expressão é juridicamente irrelevante, ou deve ser compreendida como “órgão público”, é dizer, um ente dotado de um centro de competências relacionadas com as operações ou situações financeiras sonegadas ou prestadas falsamente, incluindo-se nesse conceito o BACEN e a CVM. A Receita Federal não está contemplada nesta norma, pois é sabido que a eventual sonegação ou a prestação falsa de informação de interesse do fisco caracterizam um delito específico da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária.

É a opinião de **Fernando Fragoso**:

“A nomeação de ‘repartição pública’ afigura-se incorreta. Repartição pública corresponde a seção ou departamento de órgão de administração pública. O Banco Central do Brasil e a Comissão



de Valores Mobiliários são autarquias federais”.<sup>80</sup>

Sob esse prisma, a BOLSA de VALORES, por não ser um órgão público, não é sujeito passivo do crime descrito no art. 6º, sendo vítima, em caso de fraudes em continuidade, do delito do art. 4º.

Da mesma maneira, devem ser excluídas as instituições financeiras públicas, pois em toda a Lei 7.492/86 elas são consideradas como “instituições financeiras” e não “órgãos públicos”. A interpretação violaria o princípio da tipicidade. Até porque claramente o tipo, neste aspecto, é dirigido ao induzimento em erro dos entes que fiscalizam o mercado. Citando também **Fragoso, Tórtima** tem a mesma conclusão:

“...o dispositivo designa impropriamente de repartição pública competente as instituições encarregadas da fiscalização e normatização do SFN. São elas o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), ambas criadas sob regime jurídico autárquico”<sup>81</sup>

Devido à sua natureza pública, tanto o Banco Central quanto a CVM, não podem ser sujeito passivo da gestão fraudulenta, por estar implicitamente englobados no conceito de repartição pública do art. 6º, que é especial em relação ao art. 4º, além de não serem propriamente titulares do bem jurídico, vítimas do delito, sendo apenas entes do Estado com a função de

---

<sup>80</sup> Ob. cit., p. 695.

<sup>81</sup> Ob. cit., p. 69.

fiscalizar o sistema financeiro.

Em conclusão, caracteriza o crime do art. 6º, pela especial qualidade dos sujeitos passivos, a conduta fraudulenta perpetrada em detrimento de sócio, investidor ou também do BACEN e da CVM, admitindo-se, nesses casos, a figura da continuidade delitiva.

Assim, além do Estado como gestor do SFN, restariam como sujeitos passivos do crime de gestão fraudulenta apenas a própria instituição financeira, a Bolsa de Valores e os investidores, nos casos em que não haja a possibilidade de sua individualização, ou seja, quando a conduta é praticada em detrimento de todo mercado.

Deve-se, ainda, levar em conta a lição de **Paulo José da Costa Júnior** ao sustentar que “o crime se perfaz mesmo que não se venha a identificar um suposto sujeito passivo secundário, sempre presente o dano ou o perigo por parte do Sistema Financeiro Nacional”.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Ob.cit., p. 76.

## 6. Tipo objetivo

Criminaliza-se a conduta de “gerir fraudulentamente instituição financeira”. A censura penal é dirigida aos agentes de mercado que controlam as instituições bancárias e financeiras com a execução de fraudes relevantes no quotidiano das empresas. O carácter abstrato da descrição típica faz com que sejam subsumidas uma infinidade de práticas do mercado financeiro. Melhor seria uma descrição mais pormenorizada da conduta ofensiva ao mercado, como existe, por exemplo, no crime descrito no artigo 379 do Código dos Valores Mobiliários de Portugal, mais condizente com o princípio da tipicidade:

### **“Manipulação do mercado:**

1. Quem divulgue informações falsas, incompletas exageradas ou tendenciosas, realize operações de natureza fictícia ou execute outras práticas fraudulentas que sejam idóneas para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros é punido com prisão de até 3 anos ou com pena de multa.
2. Consideram-se idóneos para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado, nomeadamente, os actos que sejam susceptíveis de modificar as condições de formação dos preços, as condições normais da oferta ou da procura de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros ou as condições normais de lançamento e de aceitação de uma oferta pública”.

Para a caracterização da gestão fraudulenta será necessário individualizar a área da instituição responsável pelas práticas ilícitas, restringindo a incidência da imputação àqueles que detinham o domínio específico de gestão e comando das operações bancárias ou financeiras antijurídicas, ou seja, os responsáveis diretos pela prática do núcleo do tipo, representado pelo verbo “gerir”.

Se um agente do mercado, uma distribuidora por exemplo, passa a fazer operações de câmbio, sem a autorização do BACEN, poderá incidir no crime do art. 21, e não no de gestão fraudulenta. A gestão pressupõe o desenvolvimento de uma atividade própria da instituição bancária, legalmente autorizada. A afirmação pode ser considerada polêmica, entretanto, a gravidade do tipo merece uma interpretação restritiva, não podendo ser considerada como gestão fraudulenta a prática, por exemplo, de outros delitos que não se relacionem com o SFN. Essa constatação decorre da própria conceituação do termo “gerir”.

A propósito, leciona **Rodolfo Maia**:

“Gerir é exercer as atividades de mando, é administrar, tomar decisões no âmbito da empresa, autorizado pelos poderes que são conferidos pela lei e pelo estatuto societário.”<sup>83</sup>

Esse conceito é demasiadamente genérico, pois engloba atividades irrelevante ao estudo, como contratação de funcionários, pagamento de

---

<sup>83</sup> Crimes contra o sistema financeiro nacional, p. 55.

despesas, licitações, enfim, atividades que não guardam relação com o bem jurídico tutelado.

O verbo gerir deve ser lido à luz da própria conceituação de instituição financeira oferecida pelo diploma no art. 1º, que define os atos essenciais ao sistema financeiro e à Lei 7.492/86. O crime se consuma desde que a gestão fraudulenta ocorra nos atos de captação, intermediação, aplicação e administração de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou na custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou durante a administração de valores mobiliários, ou nas atividades descritas no inciso I.

Não é outro o magistério de **Fernando Fragoso**:

*“Captar é atrair, granjear aplicações financeiras. Intermediar é intervir, interceder. Aplicar recursos financeiros é investi-los, invertê-los. Custodiar títulos significa tê-los sob guarda ou depósito. Emissão é a impressão, a fabricação de títulos. Distribuição representa a venda, a promessa de venda e a oferta de venda de venda ou subscrição de títulos. Negociação compreende não só compra e venda, mas também utilização de títulos como lastro ou caução de operações”.*<sup>84</sup>

Fora desses casos, o crime não se configura, pois a conduta não estaria abrangida pela área de tutela típica, pelo programa normativo.

---

<sup>84</sup> Crimes contra o sistema financeiro nacional. Apêndice às Lições de Direito Penal de FRAGOSO, Heleno Cláudio. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 685/686.

O que se pretende com a afirmação é o reforço da necessária restrição da norma penal ao seu objeto de tutela jurídica, à ofensa ao sistema financeiro. São comuns, por exemplo, entre as corretoras e os bancos de investimento, a distribuição de parte do lucro - bonificação - entre os funcionários. Se o balancete anual da corretora é fraudado para iludir unicamente os operadores e diminuir suas bonificações, mas se o balancete correto foi endereçado às autoridades do mercado, obviamente não há ofensa ao sistema financeiro, ainda que tenha havido fraude nos atos de gestão.

Resumindo, nem toda fraude cometida no âmbito dos poderes de gestão de uma instituição financeira tem o condão de caracterizar o crime em estudo. Mais ainda, nem toda violação às Resoluções, Instruções ou Regulamentos emitidos pelas autoridades do mercado constituirão a ação típica.

Só haverá tipicidade do art. 4º quando as infrações tiverem insitivamente uma natureza ardilosa relevante, capaz de induzir em erro os sujeitos passivos e principalmente com potencialidade ofensiva ao bem jurídico tutelado.

Entretanto, não se podem desprezar determinadas condutas que, aparentemente despidas de uma natureza financeira, possuem grande potencial lesivo ao mercado. Asseverou-se que a gestão fraudulenta não se consuma mediante ações praticadas sem nenhuma relação como sistema financeiro. Essa ligação, entretanto, pode-se dar indiretamente, no caso de desvio de lucros ou mascaramento de despesas na instituição financeira. Nessa linha, a proposta de redação típica de **João Marcello de Araújo Júnior** ao crime de gestão

fraudulenta:

“Expor instituição financeira ao perigo de liquidação forçada, mediante a prática de qualquer dos seguintes atos de gestão fraudulenta:

**I - desviar bem, pela compra em nome de terceiro;**

**II - simular despesa, dívida ativa ou passiva, ou perda;”** <sup>85</sup>

A punição, portanto, é dirigida à continuidade das fraudes nos atos gerenciais. Embora alguns autores<sup>86</sup> sustentem a tipicidade de um ato fraudulento isolado, a interpretação mais correta é a que exige a reiteração dos atos criminosos, até pela gravidade da sanção aplicada. Isso porque a maioria dos delitos contra o SFN executam-se mediante fraudes e, a persistir a concepção de que apenas um ato caracteriza o delito do art. 4º, restaria um ineliminável paradoxo. Por exemplo: a manutenção de “caixa 2” na instituição é criminalizada pelo art. 11 da Lei, cominando-se abstratamente uma pena de 1 (um) a 5 (cinco) anos. Sem dúvida nenhuma, o núcleo do tipo, verbo manter, indica a criminalização de um ato de continuidade fraudulenta na gestão. Se qualquer

<sup>85</sup> Nesse prisma, a postura do **Conselho de Recursos do Sistema Financeiro**:

“Recursos voluntários - COSIF - Escrituração contábil de despesas fictícias - Irregularidade configurada.

Acórdão nº 2783/00: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, decidem os membros do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, por unanimidade, negar provimento aos recursos interpostos, ratificada a decisão do Órgão de primeiro grau no sentido de aplicar pena de advertência a GUITTA CORRETORA DE CÂMBIO TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA. e JULIO CESAR LETRA, levando em consideração a expressiva quantidade de depósitos efetuados nas contas do ora recorrente e de outras pessoas físicas e jurídicas a ele ligadas, a título de pagamento por serviços de assessoria e de processamento de dados cuja realização não restou demonstrada nos autos”.

(183ª Sessão - Recurso CRSFN nº 2741 - Origem BCB nº 9500547545).

<sup>86</sup> MAIA, Rodolfo, ob. cit., p. 58.

outro ato fraudulento for realizado, mesmo de menor censura, não havendo tipo específico, incidiria o agente nas sanções do art. 4º, que prevê pena de 3 (três) a 12 (doze) anos. Inegavelmente uma interpretação inadmissível, em uma abordagem sistêmica.

O crime, sustentam alguns, deve ser compreendido como habitual, de realização comissiva ou omissiva. A forma comissiva não comporta grandes problemas, sendo a mais comum. A fraude comissiva por omissão ocorreria, por exemplo, com a violação do dever de escrituração de todas as operações financeiras. Não se concebe a forma omissiva pura, pois, inexigindo resultado, o tipo penal não poderia criminalizar o não impedimento do evento danoso ao sistema financeiro. Essa modalidade interessará, sim, ao delito de gestão temerária.

Sobre a estrutura típica, novamente **Rodrigues da Silva**:

“O referido núcleo, gerir, é predicado verbal de natureza habitual, evidenciando condutas reiterativas, repetitivas no tempo e no espaço. Gerir, significando administrar, reger e governar não se consuma com apenas um ato de gestão, de administração ou de governo, exige, necessariamente, uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal”<sup>87</sup>.

Assim, depreendem-se certos elementos para a perfeita

---

<sup>87</sup> Ob. cit. p. 48.



compreensão do núcleo típico. Gerir pressupõe o comando decisório no desenvolvimento do objeto social da instituição. A fraude consiste nas práticas constantemente empregadas durante esse exercício, aptas a iludir, enganar o sujeito passivo, lesionando ou pondo em risco o bem jurídico protegido.

A maior parte da doutrina considera a gestão fraudulenta um crime habitual. O grande problema é que nos crimes habituais o fato isolado não constitui um fato típico. A tipicidade se verifica na repetição de uma conduta isoladamente atípica. No caso em estudo, a fraude isolada, embora não configure o crime do art. 4º, pode subsumir-se a outro tipo da Lei 7.492. Além disso, há, na própria doutrina, um debate a respeito da natureza jurídico-penal da habitualidade, não sendo pacífico se constitui um requisito objetivo ou subjetivo do tipo. Deve-se, então, deixar de lado a noção de crime habitual para que esse debate, marginal ao tema, não prejudique a interpretação da gestão fraudulenta.

Basta considerar a gestão fraudulenta como um delito de aplicação subsidiária aos outros tipos da Lei 7.492/86, podendo-se dizer que a norma caracteriza uma tipificação autônoma da continuidade delitiva de fraudes gerenciais nas instituições financeiras.

O próprio termo gerir, significando exercer os atos de gestão, pressupõe um certo tempo, uma duração desse exercício. Isso, entretanto, não faz com que apenas um ato caracterize o crime, como a própria jurisprudência vem entendendo:

“CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA - HABEAS CORPUS -

## CABIMENTO -

...

III - Operações bancárias outras, em que o paciente votou, no mesmo comitê, favoravelmente à sua concessão e estribadas em pareceres favoráveis dos setores técnicos da instituição financeira e mediante a prestação de garantias bastantes. Casos que não podem ser tidos como fraudulentos ou temerários.

IV - O art. 4º e seu parágrafo único da Lei nº 7.492, de 16.06.1986, não definiu o que sejam gestão fraudulenta e gestão temerária, o que levou parte da doutrina e da jurisprudência a considerá-los inconstitucionais por ofensa ao princípio da reserva legal.

V - A palavra "gestão" indica o espaço de tempo em que a pessoa é administradora de uma pessoa jurídica, e não cada uma das operações que realiza. Gerir é atividade continuada, pressupondo habitualidade, sendo que um ou alguns atos isolados não constituem uma gestão. Opinião de Heleno Fragoso.

VI - Gestão fraudulenta é aquela em que o administrador utiliza, continuada e habitualmente, na condução dos negócios sociais, artifícios, ardis ou estratagemas para pôr em erro outros administradores da instituição ou seus clientes. Gestão temerária é a em que o administrador age imprudentemente, em transações perigosas, sem a prudência que deve presidir sua atuação.

Precedentes jurisprudenciais desta Corte.

VII - Alguns casos, pinçados em um universo de milhares de operações, não podem ser tidos como gestão fraudulenta ou temerária. ...”<sup>88</sup>

É exatamente essa a opinião de José Carlos Tórtima:

“Com efeito, a lei não diz, simplesmente, *praticar ato de gestão fraudulento* (ou temerário), mas sim *gerir fraudulentamente...*, a indicar pluralidade de atos, pautando a conduta do agente em um determinado período de tempo”.<sup>89</sup>

Deve ser questionada a possibilidade da gestão fraudulenta consumir-se na modalidade omissiva, nos casos em que o administrador tem, por exemplo, o dever legal de impedir determinadas condutas fraudulentas de seus subordinados na instituição financeira.

A conivência do administrador poderia, conseqüentemente, transformar-se em omissão jurídico-penal relevante, caso houvesse por sua parte consciência da perpetração de fraudes, por exemplo, dirigidas ao benefício da instituição em detrimento do investidor. Existe um dever de agir de forma proba pelo administrador de instituição financeira.

Não é a solução correta, pois gerir pressupõe uma ação positiva, a prática reiterada de determinados atos, e não sua omissão. Gerir

---

<sup>88</sup> TRF 3ª R. - HC 8.001 - SP - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Oliveira Lima - DJU 15.06.1999, p. 689 - grifo nosso.

<sup>89</sup> Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 52.

fraudulentamente não se equipara a deixar de fiscalizar. Essa parece ser uma conduta mais próxima da negligência e, assim, afasta-se da tipicidade subjetiva exigida para o crime do art. 4º.

Será mais acentuado esse dever no crime de gestão temerária, por excelência, uma violação do dever de cuidado por parte dos gestores da poupança popular.

O elemento normativo do tipo é a fraude. Por fraude, deve-se entender o ardil, o meio iludente empregado para disfarçar, dissimular determinada operação financeira, situação patrimonial ou estado de fato da instituição.

Segundo a própria Exposição de Motivos do CP, a fraude elementar do estelionato não é somente a empregada para induzir alguém em erro, mas também a que serve para manter (fazer subsistir, entreter) um erro preexistente. Essas fraudes em continuidade devem, com já afirmado, ser relevantes do ponto de vista do bem jurídico penalmente protegido.

## **7. Tipo subjetivo**

A gestão fraudulenta é delito que se consuma apenas na modalidade dolosa, inexistindo a forma culposa.

Quanto ao dolo exigido, toda doutrina sustenta ser bastante o dolo genérico, inexistindo qualquer outro elemento subjetivo. É uma visão negligenciada do tipo penal, cabendo algumas digressões em torno da intenção da fraude.

Aparentemente o tipo não exige a presença concomitante de um especial fim de agir, punindo-se simplesmente o emprego das fraudes em continuidade. Não é a interpretação mais correta. Embora inexista a exigência típica, dentro de uma abordagem sistemática do ordenamento jurídico penal, pode-se afirmar que a fraude continuada em instituição financeira deve ser punida somente se for executada buscando uma vantagem indevida, que, por exemplo, pode consistir em um benefício patrimonial, no encobrimento de uma situação desfavorável ou com a intenção de impedir uma fiscalização na instituição. Deve, portanto, a fraude possuir um fim. A punição dirige-se, na verdade, não ao ardil, mais ao motivo que enseja a perpetração dos atos fraudulentos, ou seja, o induzimento em erro da Bolsa de Valores, por exemplo.

Não se está pretendendo criar um elemento típico inexistente. Na verdade, basta analisar o conceito de fraude e sua relevância para concluir que o direito desconhece o emprego de ardis sem uma intenção ou potencialidade lesiva, ainda que essa acabe incorrendo. Pode-se admitir que a gestão

fraudulenta é um crime de mera atividade. Melhor conceituado, de uma atividade continuada, não se exigindo, como já amplamente sublinhado, superveniência de resultado.

Contudo, ausência de resultado não significa inexigibilidade de intenção na conduta.<sup>90</sup>

Ficou assentado, anteriormente, um pressuposto do tipo: não há fraude sem finalidade. Obviamente esse é um problema de constatação subjetiva, não se restringindo à descrição típica.

O próprio **Supremo Tribunal Federal** equiparou a gestão fraudulenta à estrutura típica do estelionato, no seguinte julgado:

“EXTRADIÇÃO - PARA FIM DE PERSECUÇÃO CRIMINAL - REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA - INDICIADO PELO CRIME DE “INFIDELIDADE” (CÓDIGO PENAL ALEMÃO, ART. 266), POSTERIORMENTE REDEFINIDO COMO CRIME DE “FRAUDE” (ART. 263), QUE TERIA SIDO PRATICADO EM PREJUÍZO DE PEQUENOS INVESTIDORES DE CAPITAL -

Pedido devidamente formalizado e fundado no princípio da

<sup>90</sup> FALSIDADE IDEOLÓGICA - A ação do agente, consistente no inserir o próprio nome em espaço destinado a um segundo outorgado, em procuração em causa própria que transfere os direitos da outorgante sobre uma linha telefônica, não caracteriza o crime do art. 299 do CP se não se provar a conivência com os que a obtiveram mediante fraude, ou a intenção de causar prejuízo. (TARS - ACr. 292.187.846 - 3ª C.Cr. - Rel. Dr. Fernando Mottola - J. 10.11.1992) (RJ 188/140)

ESTELIONATO - CP, ART. 171 - O dolo, no crime de estelionato, constitui elemento integrante do tipo. Não comete o crime, o agente que não tem a intenção de manter alguém em erro. Além disso, a vantagem ilícita, supostamente obtida, deve ser especificada na denúncia.

(TRF 4ª R. - ACr 97.04.63676-8 - RS - 1ª T. - Rel. Juiz Vladimir Freitas - DJU 18.11.1998 - p. 564)

reciprocidade. Irrelevância da *mutatio libeli*, operada pelo Ministério Público alemão, para efeito do pedido extraditório, com substituição do mandado de prisão, cumprindo indagar, apenas, se o fato objeto da imputação também é punido pela lei penal brasileira. Figura delituosa que encontra correspondência, em nosso sistema jurídico-penal, no art. 4º c/c art. 1º da Lei nº 7.492/86 (gestão fraudulenta de instituição financeira). Prescrição inócua em face de ambos os sistemas jurídicos, não constituindo obstáculo ao pedido a circunstância de o extraditando possuir companheira e filho brasileiros. Extradicação deferida.”<sup>91</sup>

Assim, como a intenção lesiva compõe o tipo subjetivo no delito do art. 171 do CP, nada mais coerente que exigir a sua presença no crime de gestão fraudulenta. Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado:

“ESTELIONATO - AGENTE QUE, COM O PROPÓSITO DE OBTER VANTAGEM ILÍCITA, ORGANIZA CONSÓRCIO E DEIXA DE ENTREGAR OS BENS QUANDO AS VÍTIMAS SÃO SORTEADAS - CARACTERIZAÇÃO - MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - INOCORRÊNCIA -

Configura crime de estelionato a conduta do agente que, com o propósito de obter vantagem ilícita mediante expediente fraudulento, organiza consórcio e deixa de entregar os bens aos

---

<sup>91</sup> STF - EXT 702-5 - TP - Rel. Min. Ilmar Galvão - DJU 18.12.1998 - p. 49 - grifo nosso.

consorciados sorteados, não havendo que se falar em mero descumprimento contratual se a intenção criminosa do agente se manifesta de forma preordenada e o "contrato" é apenas mais um instrumento utilizado para dar aparência de legalidade ao negócio fraudulento e induzir as vítimas em erro."<sup>92</sup>

Hoje, pela equiparação dos consórcios às instituições financeiras, é inegável que o precedente caracteriza o crime em estudo. Exigiu-se no julgado, o especial fim de agir, caracterizado pela intenção de obter vantagem patrimonial indevida. Certo, então, que esse elemento deva também compor a estrutura subjetiva do tipo.

A afirmação não é original, e já estava presente nas lições da maior parte da doutrina, valendo aqui a do Juiz Federal **Ali Mazloun**:

“É perfeitamente possível distinguir uma gestão normal, regular, de outra realizada com fraudes, ardis, cujo objetivo é o de enganar, enlçar, auferir vantagem indevida em detrimento de outrem.”<sup>93</sup>

Contraditória, nesse ponto, a opinião de **Manoel Pedro Pimentel**, para quem a conduta criminosa fica caracterizada quando a gestão é exercida “com o fito de prejudicar alguém ou de obter indevida vantagem para o agente ou para outrem”<sup>94</sup>. Entretanto, em outra passagem de seu célebre trabalho sobre o tema afirma:

<sup>92</sup> TACRIMSP - AP 1.055.727 - 2ª C - Rel. Juiz Osni de Souza - J. 12.06.1997.

<sup>93</sup> Crimes do Colarinho Branco. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 68 - grifo nosso. Em sentido contrário, **Rodolfo Maia**, ob. cit., p. 57.

<sup>94</sup> Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 51.



“O tipo não requisita nenhum elemento subjetivo especial. A finalidade que impulsiona o agente é indiferente. Na terminologia doutrinária seria o chamado *dolo genérico*”.<sup>95</sup>

O ilustre penalista certamente foi traído pelo conceito de fraude, que traz imanente a idéia de um ardil em benefício próprio ou alheio, pois, como se asseverou, dificilmente se pode conceber o emprego de manobra enganosa desprovido de qualquer intenção.

Essa incompatibilidade científica notada em alguns autores é explicada pela natureza mista do termo “fraude”, composto por elemento objetivos e subjetivos. A propósito, **Claus Roxin**:

“Sem embargo, há que ser claro que a ação típica constitui uma unidade de fatores internos e externos, que não se pode romper,...

E então põe-se de revelo que não só há elementos típicos puramente objetivo (como “coisa”, “alheia”) e subjetivos (como “o ânimo de enriquecimento ilícito”, ou “para defraudar no tráfico jurídico”), senão também outros que já linguisticamente se entremesclam indissoluvelmente elementos objetivos e subjetivos...

**A separação entre exterior e interior só serve para a ordem externa e há de resultar improcedente quando contradiga o sentido de um conceito”.**<sup>96</sup>

Não se pode, também, esquecer a lição de **Nelson Hungria**, em

<sup>95</sup> Idem, p. 53.

<sup>96</sup> Derecho Penal - Parte General. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et alli*. Madrid: Civitas, 1997, p. 303 e 304 - destaque nosso.

antigo trabalho sobre o tema em questão:

“Em sentido menos restrito, fraude é o engano doloso, ou o malicioso induzimento em erro, tendente à consecução ou facilitação de um fim ilícito”.<sup>97</sup>

No mesmo prisma, para concluir, assevera **José Carlos Tórtima**:

“Assim, **gestão fraudulenta** é a administração marcada pela fraude, pelo ardil, por manobras desleais, com o objetivo de obter indevida vantagem para o próprio agente ou para outrem, em prejuízo de terceiro de boa-fé (acionistas, sócios, credores etc)”.<sup>98</sup>

**A intenção, porém, é diversa da exigível no crime de estelionato.**

**Na gestão fraudulenta as fraudes reiteradas na administração de instituição financeira podem ter finalidade diferente do proveito patrimonial indevido. É possível, por exemplo, que a intenção das fraudes se dirija a evitar uma intervenção do BACEN ou uma sanção administrativa, em que a vantagem patrimonial não existe ou, ao menos, adquire importância secundária ou mediata.**

Com a mesma interpretação, **Evaristo de Moraes Filho e George Tavares** sustentam que “...gestão fraudulenta é praticar fraudes na administração de instituições financeiras, **visando obter vantagens indevidas...**”<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Fraude penal. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1934, p. 17 e 18.

<sup>98</sup> Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 52.

<sup>99</sup> Habeas Corpus - Crime de gestão fraudulenta de instituição financeira in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 259.

A distinção é de grande importância, pois, no mercado financeiro, existem situações limites em que a fraude é cometida com o fim único e exclusivo de salvar a instituição, seus clientes e, mediatamente, o próprio Sistema Financeiro Nacional. Os tribunais de certa forma já caminham nessa direção:

“LEI Nº 7.492, DE 1986, ARTS. 4º, PARÁGRAFO ÚNICO (GESTÃO TEMERÁRIA) E 5º (PECULATO-APROPRIAÇÃO) - DOSIMETRIA DA PENA -

I - Se o agente aplica o dinheiro que lhe é dado pelo cliente para ser depositado em caderneta de poupança em conta corrente livre, ainda que seja com o propósito de salvar a instituição que dirige, comete uma gestão temerária.

II - A gestão temerária pode até ser bem sucedida e o crime não deixará de existir.

III - Se o agente cometeu o crime de gestão temerária, ao aplicar o dinheiro em conta sem correção, quando deveriam aplicá-lo em conta de poupança, como intuito de salvar, segundo afirma, a instituição por ele dirigida, não praticou o crime no art. 5º da Lei 7.492, de 1986 - desvio do dinheiro em proveito dessa mesma instituição. Pelo mesmo fato, não pode o agente responder por dois crimes.

IV - Se as circunstâncias para o aumento da pena decorrem do

próprio crime, não podem ser consideradas para agravá-las.”<sup>100</sup>

Conclui-se, então, que uma gestão permeada por fraudes com um fim de salvar o patrimônio da instituição, dos clientes e a própria ordem financeira não pode ser punível a título de gestão fraudulenta.

Seria um absurdo exigir a abstenção dessas práticas e fazer com que a poupança popular e o sistema financeiro, justamente os valores objeto da proteção penal em estudo, fossem abalados.

O dolo pode ser direto ou eventual. Nessa linha, discorre **Antolisei**, comentando o dolo de fraude nos crimes bancários, com perfeita aplicação ao presente estudo:

“...a particular forma de dolo que é caracterizada pelo advérbio ‘fraudulentamente’(...) subsiste não apenas quando o sujeito como propósito de ocasionar o dano (dolo direto), como considera a doutrina dominante, mas também quando a representação da possibilidade de dano não o dissuadiu a comportar-se como se comportou: quando, em outras palavras, ele agiu, ainda que prevista a possibilidade do dano (dolo eventual)”<sup>101</sup>

Cite-se, ainda, a possibilidade de consumação em caso de dúvida a respeito da natureza ilícita da vantagem vislumbrada com o emprego das

<sup>100</sup> TRF 1ª R. – ACr 96.01.49200-3 – RO – 3ª T. – Rel. Juiz Cândido Ribeiro – DJU 10.10.1997 – grifo nosso.

<sup>101</sup> Ob. cit., p. 152.

fraudes.

Se a tipicidade não fosse excluída pela inexistência do elemento subjetivo do injusto, a conduta restaria impune adotando-se a teoria da diminuição do risco, na precisa formulação oferecida por **Claus Roxin**:

“...falta uma criação de risco e, com isso, a possibilidade de imputação se o autor modifica um curso causal de tal maneira que aminora ou diminui o perigo já existente para a vítima, e por tanto melhora a situação do objeto da ação”.<sup>102</sup>

Não se pode, portanto, punir a conduta que tem como fim exclusivo a proteção do bem jurídico protegido penalmente. Isso não quer dizer que o administrador da instituição não responda pelos atos anteriores que criaram a situação de risco.

Análoga solução já vem sendo encampada no direito administrativo, como ministra **Nelson Eizirik**:

“Assim, por exemplo, uma companhia aberta, em situação financeira delicada, que descumpre o dever de informar fato relevante ocorrido nos seus negócios (informações negativas, não concludentes, que poderiam apressar a sua quebra), infringindo o art. 157, § 4º da Lei das S.A. e a instrução CVM nº 31/84, pode alegar, em sua defesa, o estado de necessidade (Código Penal, art. 24); o atendimento ao dever de *disclosure* poderia ocasionar perigo

---

<sup>102</sup> Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997, p. 365.

de dano maior aos seus acionistas minoritários do que não a não revelação..."<sup>103</sup>

Por fim, como elemento hábil para a perfeita compreensão das atividades proibidas pelo art. 4º, deve-se levar em consideração o disposto na alínea 'a' do inciso II da Instrução nº 8/79 da Comissão de Valores Mobiliários:

"II - Para os efeitos desta Instrução conceitua-se como:

...

C) operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários, aquela em que se utilize de ardil ou artifício destinado a induzir ou manter terceiros em erro, **com a finalidade de se obter vantagem ilícita de natureza patrimonial para as partes na operação, para o intermediário ou para terceiros**".<sup>104</sup>

Como se vê, a caracterização do ilícito administrativo pressupõe a intenção lesiva, de forma a soar absurda a interpretação penal que desprezasse tal elemento no agir do administrador.

Não é necessário, entretanto, provar a existência de um dolo

---

<sup>103</sup> Ob. cit., 204.

<sup>104</sup> Negrito nosso. Da mesma forma, exigindo-se o especial fim de agir, projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional que cria o delito de Manipulação do mercado, com a seguinte redação: "Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas, com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiro.  
Pena - reclusão, de um a oito anos, e multa de até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), ou de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime, o que for maior.

anterior à primeira operação projetando a prática das demais. Basta um dolo geral, de administrar a instituição financeira em desconformidade à ordem jurídica, mediante o emprego de fraudes, se preciso. Assim não se restringe o tipo de uma forma que o torne praticamente inaplicável. O que interessa é o poder de gestão aliado ao emprego de inúmeros expedientes fraudulentos nas atividades do mercado, com a consciência e intenção dolosa de praticá-los.

Além destas considerações, é preciso dizer que a doutrina e a jurisprudência consagraram o princípio da insignificância como excludente da tipicidade<sup>105</sup>. Aqui não poderia ser diferente. A insignificância das fraudes exclui o crime, pela atipicidade material da conduta.

Na própria instância administrativa o princípio da insignificância vem sendo encampado, como explica **Marcelo Klug Vieira**, citando diversas decisões do CRSFN - Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional:

“O órgão de segunda instância administrativa vem prestigiando, constantemente, a aplicabilidade do princípio da insignificância no âmbito dos recursos por ele apreciados, entendendo que os ilícitos de menor, também denominados ‘crimes de bagatela’, não devem ser punidos.”<sup>106</sup>

Se a sanção administrativa às infrações à legislação do mercado financeiro e de capitais pode ser excluída, em virtude de sua irrelevância,

<sup>105</sup> Conferir o importante trabalho de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Princípio da Insignificância no Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>106</sup> A jurisprudência do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional in Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais. 2º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera. São Paulo: Dialética, 2000, p. 171.

torna-se impossível deixar de reconhecer o princípio da insignificância no campo dos crimes contra o sistema financeiro.

Em conclusão, embora o tipo penal não exija expressamente o elemento subjetivo do injusto, consistente na **intenção**, é inconcebível imaginar-se a estrutura subjetiva da conduta punível sem estar este elemento presente. Desconsiderar a intenção da vantagem ilícita no emprego das fraudes em continuidades significa generalizar o tipo e permitir sua incidência a situações limites, punindo-se a mera atividade despida de conteúdo, contrariando, portanto, os fundamentos da moderna concepção de um direito da conduta e da consagrada teoria da ação final.

Exigir o elemento subjetivo do injusto não significa transformar a estrutura típica do art. 4º em um delito de resultado. A obtenção da vantagem é irrelevante para a configuração do crime, não a sua intenção.



## 8. Consumação e tentativa

Dispõe o art. 14 do Código Penal:

“Art. 14. Diz-se o crime:

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.”

Todo delito se consuma na perfeita congruência entre o tipo objetivo e o subjetivo, ou seja, sempre que se verificar a ocorrência do evento ou da ação descrita objetivamente na moldura penal, juntamente com o elemento exigido pelo tipo subjetivo. Nesse sentido, **Luiz Alberto Machado**:

“Em verdade, a consumação está na complementação do tipo objetivo vinculado ao tipo subjetivo que lhe é próprio ( = congruente). Portanto, diz-se consumado o crime quando o seu tipo objetivo e o seu tipo subjetivo estão presentes, isto é, quando o tipo pluridimensional aperfeiçoa-se”.<sup>107</sup>

<sup>107</sup> Direito Criminal (parte geral). Nova edição, inédito.

O delito se consuma com a prática continuada das fraudes no exercício dos poderes de gestão, não bastando, como já se afirmou, a prática de apenas um ato fraudulento, principalmente pelo conceito do verbo “gerir”.

A intenção do projeto original da Lei 7.492/86 era a de criar um delito de dano, que incluía a superveniência do resultado para a configuração típica, exigindo-se a ocorrência de intervenção, liquidação ou falência da instituição financeira.

Aliás, repetia-se, em parte, a fórmula típica do ordenamento antecessor: a Lei dos Crimes contra a Economia Popular, que, no inciso IX do art. 3º da Lei nº 1.521, exigia a superveniência do resultado, falência, insolvência ou o mero descumprimento das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados.

Este elemento típico desaparece na legislação em vigor. Desconsidera-se, portanto, o resultado para a congruência da tipicidade. Na verdade, a exigência, por exemplo, de intervenção do BACEN para a existência do crime, como previsto no anteprojeto da Lei nº 7.492/86, é absurda, pois a tipicidade dependeria de um ato discricionário do órgão público. Exigir a intervenção ou liquidação para a configuração típica era uma heresia do projeto.

Se o resultado não é exigido, o crime inclui-se naquela categoria de delitos de mera atividade, em que a proibição típica reside em executar-se uma determinada ação, independentemente da produção do resultado natural. Desta maneira, por consequência, o tipo em estudo pode também ser considerado como de perigo. Como a descrição típica não faz menção à ocorrência do perigo,

o crime o presume quando a gestão for fraudulenta. A punibilidade, assim, acaba antecipada a esse estágio prévio.

A fraude não necessita obrigatoriamente lesionar um interesse patrimonial. O perigo de dano deve, sim, existir, mas não precisamente a um bem jurídico titularidade individual (investidor).

Volta-se ao seguinte pressuposto do trabalho: o tipo procura igualmente proteger a confiança do mercado financeiro nos atos de direção da instituição financeira. A lesão decorrente é na credibilidade sistêmica, produzida pela gestão fraudulenta nos organismos vitais ao desenvolvimento seguro e equilibrado da política econômica nacional. A violação, por exemplo, pode ocorrer na fiscalização do mercado e das instituições pelas autoridades, não apenas à poupança popular.

A consumação, então, ocorre na repetição das condutas fraudulentas potencialmente ofensivas ao bem jurídico tutelado, comprovando-se ainda o dolo, direto ou eventual.

A Lei 7.492/86, como já se afirmou, desprezou, para a configuração da gestão fraudulenta, a superveniência de qualquer resultado.

Exige-se, entretanto, a indução ou manutenção em erro dos sujeitos passivos. Esse é um requisito básico para a configuração do delito em sua modalidade consumada. Quando as fraudes, por circunstâncias alheias ao agente, não provocarem na vítima a falsa representação da realidade, o crime simplesmente não se consuma.

Frise-se que, nesse tema, em uma interpretação analógica com o delito de estelionato, anteriormente admitida, assim como a fraude, o artifício ou o ardil devem ser relevantes, é necessário que tenham potencialidade para provocar ou manter em erro nos sujeitos passivos.

O crime tentado é uma composição do tipo de delito descrito na parte especial ou nas leis extravagantes combinado com o art. 14, que pressupõe além do início da execução a não consumação do delito por uma circunstância qualquer alheia à vontade do agente.

Quanto à gestão fraudulenta, para **Paulo José da Costa Júnior** “sendo formal o delito, dificilmente apresentar-se-á a tentativa”<sup>108</sup>.

Aqui, o tipo penal exige a existência repetida do emprego eficaz de meios fraudulentos nos atos de direção da instituição financeira e, como o resultado é irrelevante para a configuração do tipo, a modalidade tentada em princípio não ocorre.

No entanto, devem ser analisadas a estrutura do tipo e os requisitos da tentativa para a solução do problema. Embora haja a probabilidade de se tentar captar, negociar ou intermediar a poupança popular, não há possibilidade de “tentar gerir” uma instituição financeira. Talvez seja possível no desenvolvimento das atividades de administração procurar sem sucesso fraudar determinada operação.

Assim, em tese, quando essas fraudes em habitualidade não

---

<sup>108</sup> Ob. cit., p. 78. A mesma opinião de Manoel Pedro Pimentel e Antônio Carlos Rodrigues da Silva.

obtiverem o sucesso enganoso, restaria configurada a tentativa. Entretanto, como o sucesso do emprego dos meios fraudulentos, ou seja, a obtenção da vantagem indevida, não é pressuposto para a consumação, inadmite-se, portanto, a tentativa.

Isso porque o ato de execução não se liga propriamente à realização da operação. Os próprios atos preparatórios de determinada operação financeira, como se enquadram nas funções dos administradores e, portanto, no núcleo típico “gerir”, permitem, caso impregnados de ardis, a punição a título de crime consumado.

Ressalte-se, ainda, a necessidade de repelir os argumentos daqueles que pretendem afastar a tentativa pela classificação da gestão fraudulenta como crime habitual. Já manifestamos entendimento contrário a essa caracterização, principalmente porque a habitualidade, como um requisito objetivo da consumação, é um critério cientificamente falho, como ensinam **Zaffaroni** e **Pierangelli**<sup>109</sup>.

Além disso, a habitualidade não pode ser vista como elemento do *animus* do autor, pois a **intenção** da prática habitual não é exigível para a configuração do crime, sendo suficiente a prática de várias operações fraudulentas dolosas.

---

<sup>109</sup> Da tentativa. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.57.

### 9. Gestão fraudulenta, crime continuado e concurso aparente

Como alguns delitos da 7.492/86 são cometidos mediante o uso de expedientes fraudulentos, sempre o intérprete enfrentará situações de conflito aparente de normas. A gestão fraudulenta é, portanto, a prática reiterada de crimes contra o SFN, absorvendo os tipos autônomos em continuidade. A interpretação que se dá hoje é o concurso material ou formal da gestão com o tipo autônomo em continuidade, sendo que as ações são as mesmas. É esta a posição de **Rodolfo Maia**:

“Se o meio fraudulento utilizado no ato de gestão subsumir-se a outro tipo penal (*v.g.*, estelionato, sonegação fiscal) haverá concurso ideal entre os crimes, não sendo se aplicar-se os princípios da consunção (absorção pelo crime-fim do crime-meio, etapa indispensável à realização daquele, *v.g.* estelionato e falso) ou da subsidiariedade (absorção pelo crime-fim do crime-meio, etapa indispensável à realização daquele, *v.g.* lesão corporal e homicídio), eis que distintas as objetividades jurídicas e os sujeitos passivos nos respectivos tipos”.<sup>110</sup>

A argumentação é parcialmente correta, pois se refuta a aplicação dos princípios que solucionam o concurso aparente de normas sem explicar o fundamento. A objetividade jurídica é quase sempre a mesma nos delitos contra

---

<sup>110</sup> Ob. cit., p. 57.

o sistema financeiro nacional. É certo o critério proposto no exemplo oferecido, concurso entre gestão fraudulenta e sonegação, porque resta evidentemente distinta a objetividade jurídica. Quanto ao falso, é de aplicar o critério consagrado pelo STJ em sua súmula 17<sup>111</sup>. Não se poderá também aplicar em concurso o crime de estelionato, eis que o artil e o induzimento em erro do sujeito passivo estão ínsitos no tipo do art. 4º.

Negar a consunção, nesse caso, é renunciar aos mais básicos princípios hermenêuticos do direito criminal. A unidade da conduta deve ter como requisito somente a identidade do bem jurídico violado, não a diversidade de sujeitos passivos<sup>112</sup>, a não ser que se defenda um temerário direito penal desligado do conteúdo da objetividade normativa.

No sentido de se afastar o concurso entre tipificações autônomas dos ardis e o delito de gestão de gestão fraudulenta é o importante acórdão do TRF da 4ª Região:

“Correto o entendimento da magistrada de primeiro grau ao considerar o estelionato, a falsificação, a gestão temerária e a operação com títulos sem lastro subsumidos no delito de gestão fraudulenta, inexistindo, desta forma, concurso formal de crimes”.<sup>113</sup>

A interpretação que parece mais próxima de um caráter científico é

---

<sup>111</sup> Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

<sup>112</sup> Posição defendida por Jakobs, ob. cit. p. 1066.

<sup>113</sup> Apelação criminal nº 411708/96 - RS, DJ 28/4/99.

a de que a gestão fraudulenta só se caracteriza se a conduta criminosa repetida não se amoldar a outro tipo penal combinado com o art. 71 do CP.

Caso haja esta subsunção, desaparecerá a gestão fraudulenta, pois a tutela do bem jurídico já estará abrangida pela outra norma aplicada em continuidade delitiva. Assim, se um administrador de instituição financeira, utilizando-se de meios fraudulentos, induzir em erro seu sócio por diversas vezes, a imputação correta é a da prática do delito descrito no art. 6º, combinado com o art. 71, excluindo-se a gestão fraudulenta, porque a conduta já está devidamente amoldada em outra previsão típica, especial em relação ao art. 4º, por agregar outros elementos.

O concurso aparente entre a gestão fraudulenta e o crime do art. 6º resolve-se pela especialidade dos sujeitos passivos descritos no art. 6º, ou seja, quando o induzimento em erro mediante fraude não for cometido em detrimento de sócio, investidor ou de repartição pública competente em continuidade será gestão fraudulenta.

Não se admitirá, também, pelos mesmos fatos concurso material entre o estelionato do art. 6º e a gestão fraudulenta.

Da mesma forma em relação aos arts. 9º, 10º e 11 da Lei 7.492/86 que tipificam as seguintes condutas do administrador de instituição financeira:

“Art. 9º. Fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo ou fazendo inserir, em documento comprobatório de investimento em títulos ou valores mobiliários, declaração falsa ou diversa da que



dele deveria constar:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários.

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”.

As três situações configuram conflito aparente de normas penais, solucionadas pelo princípio da especialidade. Em relação aos dois primeiros delitos, caso constatada a continuidade dos falsos, aplica-se apenas o art. 9º ou 10º, combinados com o art. 71 do CP. No terceiro caso, igualmente inexistirá o concurso com o crime em estudo, aplicando-o isoladamente, agora, sem a incidência da regra da continuidade delitiva, porquanto se trata, a toda evidência, de um crime permanente.

O princípio da consunção serve para a solução de outras situações. Por exemplo, em uma instituição de câmbio, se diversas operações fraudulentas são realizadas com o fim de evadir divisas, deve-se aplicar somente o art. 22, excluindo-se o concurso com o art. 4º, pelo princípio da consunção.

Em sentido contrário, considere-se a seguinte possibilidade. Em um banco múltiplo, diversas fraudes são realizadas, em setores distintos da instituição. O correto seria abranger todos os ilícitos em um único crime: a gestão fraudulenta de instituição financeira, deixando-se de aplicar cada tipo penal isoladamente.

Essa solução dá uniformidade à natureza que o trabalho pretende conferir ao crime do art. 4º: uma tipificação autônoma da continuidade das fraudes realizadas em uma instituição financeira.

Seria absurda uma proposta em sentido contrário ao critério oferecido, tomando-se, por exemplo, a seguinte situação. Se um administrador de instituição financeira praticar dez crimes diversos da Lei 7.492, com uma pena mínima de 2 anos somando-se ainda a gestão fraudulenta combinados com o concurso material por todos estes fatos, poderá reponder a uma acusação com pena mínima de 23 anos, o que, obviamente, não é cientificamente razoável. A regra do concurso formal nunca pode ser aplicada, eis que pressupõe a prática de somente “uma ação ou omissão”.

Questão polêmica é o eventual concurso da gestão fraudulenta com o art. 16: operar instituição financeira sem autorização ou, se obtida, mediante fraude, ou seja, a possibilidade de se punir pela gestão fraudulenta as pessoa que administrem instituições financeiras por equiparação ou aquelas autorizadas a funcionar pela autoridade induzida em erro.

O crime de gestão fraudulenta tem como destinatários apenas os

dirigentes das instituições financeiras arroladas no caput e no inciso I do art. 1º, quer-se dizer, aquelas legalmente autorizadas pelo Bacen e pela CVM a operar no mercado. Essa interpretação decorre primeiramente, do simples fato de que o funcionamento das instituições por equiparação já é punível, independentemente de a gestão revelar-se fraudulenta ou austera. Caso o exercício seja fraudulento a única consequência será um eventual agravamento da sanção penal, devido à maior reprovabilidade da conduta. Isso porque o bem jurídico já está penalmente protegido na tipificação do art. 16, não sendo coerente, como já se afirmou, a incidência de outra unidade normativa à mesma ofensa, uma vez que, para a lei, o que interessa, interpretando-se o art. 16, é o funcionamento sem autorização ou autorizado mediante fraude, não a essência dos atos da suposta instituição financeira.

## 10. Sanção penal

A sanção penal, em um sentido genérico, é a consequência jurídica da prática do crime. Pode ser definida como a mais extrema reação prevista no ordenamento e aplicada pelo Estado contra a violação dos valores consagrados na comunidade. Segue, assim como a própria tipificação do delito, os princípios da legalidade, anterioridade e proporcionalidade<sup>114</sup>.

É inegável a preocupação preventiva com as fraudes no âmbito financeiro por parte do legislador, ao cominar uma pena extremamente grave para o crime do art. 4º da Lei 7492. Com efeito, a sanção de 3 a 12 anos de reclusão, além da multa, constitui-se na mais severa prevista no seio do direito penal econômico, fazendo com que o intérprete tenha de adotar uma postura ainda mais restritiva quanto a este tipo penal.

É de se destacar, também, a ampla margem criada entre o mínimo e máximo cominados, fazendo com que o julgador possa atender aos ditames do art. 59 do CP, respondendo ao autor da gestão fraudulenta de modo necessário e suficiente à reprovação do delito.

Nesse momento, devem ser relevados a natureza da instituição e o cargo exercido pelo administrador na estrutura da instituição financeira. A gestão fraudulenta na caixa econômica ou em Banco público de desenvolvimento é mais grave que em uma pequena distribuidora ou corretora.

<sup>114</sup> Sobre o tema, imprescindíveis as obras de Anabela Miranda Rodrigues, A determinação da medida da pena privativa de liberdade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995 e Figueiredo Dias, Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, 1993.

O legislador, partindo do pressuposto da alta importância dos bens jurídicos protegidos pela 7.492/86, não se contentou apenas em cominar uma grave pena privativa de liberdade, estabelecendo ainda uma pena de multa que, embora compatível com os danos decorrentes desse delito e a situação econômica dos administradores de instituição financeira, geralmente superior a da maioria dos indivíduos, quando aplicada cumulativamente com a exagerada pena de prisão cominada, esbarra no princípio da proporcionalidade das penas, como preceitua **Figueiredo Dias**:

“A pena ‘mista’ de prisão e de multa é, na verdade, condenável do ponto de vista político criminal: quer enquanto patenteia inadmissível desconfiança na eficácia penal da multa simples e vacilação na convicção de que a multa é primordialmente um alternativa à prisão; quer enquanto implica o pagamento de uma percentagem dos rendimentos do condenado ao mesmo tempo que, privando-o de liberdade, lhe retira a possibilidade de os angariar! Uma tal pena ‘mista’ é, numa palavra, profundamente dessocializadora...”<sup>115</sup>

Como se não bastasse, o legislador confundiu-se na redação das sanções da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro. O art. 33 da Lei 7.492/86 dispõe:

“Na fixação da pena de multa relativa aos crimes previstos nesta

---

<sup>115</sup> Direito Penal..., p. 154. Nos Estados Unidos, por exemplo, o § 1344 da seção 18 do Federal Criminal Code comina à fraude bancária uma pena alternativa: prisão de até 30 anos ou multa de até US\$ 1.000.000 (um milhão de dólares).

Lei, o limite a que se refere o § 1º do art. 49 do Código penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, pode ser estendido até o décuplo, se verificada a situação nele cogitada”.

Em verdade, essa disposição normativa é juridicamente inaplicável, pois a complementação dessa norma de integração simplesmente não existe. O legislador dos crimes contra o sistema financeiro cometeu um erro crasso, condicionando a aplicação do art. 33 à ocorrência concreta de um pressuposto impossível, pois não há nenhuma situação descrita no § 1º do art. 49 do Código Penal, que dispõe:

“Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multas. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.”

O equívoco do legislador e a inaplicabilidade do art. 33 foram notados pela doutrina que versa sobre o tema, valendo reproduzir o magistério de **Rodolfo Tigre Maia**:

“Ao que parece houve equívoco ou omissão na redação do dispositivo, insuperável por força da reserva legal...”<sup>116</sup>

<sup>116</sup> Ob. cit., p. 172.

Como se vê, não pode o magistrado suprir o equívoco legislativo, aplicando o art. 33, por implicar evidente violação do princípio da legalidade. Veda-se, aqui, qualquer tentativa de interpretação extensiva. Nem se argumente que o legislador pretendia fazer referência ao § 1º do art. 60.

A CF, em seu art. 5º, XXXIX, consagra o princípio de que não haverá pena sem prévia cominação legal, excluindo a possibilidade da aplicação de dispositivos sancionatórios retroativamente, bem como aqueles que não se subsumam perfeitamente à situação fática. A cominação da sanção penal deve ser anterior ao fato e, principalmente, certa. É importante a observação de **Claus Roxin**:

“Uma lei indeterminada ou imprecisa, e por isso pouco clara, não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma auto-limitação do *ius puniendi* estatal a qual se possa recorrer; ademais é contrária ao princípio de divisão dos poderes, porque permite ao juiz fazer qualquer interpretação que queira e invadir com isso o terreno do legislativo...”<sup>117</sup>

Como desdobramento do princípio da legalidade, fala-se no princípio da taxatividade, ou seja, a concreta e precisa formulação da conduta típica e a exata previsão de sua consequência jurídica, a sanção penal. Nesse sentido, **Maurício Antônio Ribeiro Lopes**:

<sup>117</sup> Derecho Penal - Parte General. Madrid: Civitas, 1997, p. 169.

“O grau de determinação que se recomenda não alude só e especificamente ao preceito primário, mas também à cominação da sanção que, embora não necessite ser determinada (nem se o recomenda, até mesmo pela existência de outro princípio constitucional), ao menos deve ser determinável dentro das chamadas margens penais, ou seja, um parâmetro dentro do qual o juiz, verificando as condições próprias do delito, tem possibilidade de graduar a pena ou mesmo de escolher seu regime ou forma de cumprimento. O preceito secundário deve abranger não só a espécie de pena aplicável como também seus limites e regras de seu cumprimento.”<sup>118</sup>

Em conclusão, se a norma do art. 33 foi erroneamente redigida, é defeso ao magistrado emendá-la, tratando-se de dispositivo inaplicável, por ausência da regra expressamente prevista como condicionante à sua incidência, isto é, a verificação concreta da “situação cogitada no § 1º do art. 49”.

---

<sup>118</sup> Princípio Políticos do Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 86.



### **Cap. III - Dispositivos processuais da Lei 7.492/86**

Como afirmado na introdução ao trabalho, para que se tenha uma perfeita compreensão do tema central, a gestão fraudulenta, devem ser analisadas as disposições processuais da Lei 7.492/86, sob pena de incorrer-se em uma injustificada omissão.

Esse dever tem fundamento nas particularidades da investigação dos crimes contra o sistema financeiro, no debate em torno do sigilo das operações financeiras e o problema da competência, além da possibilidade de assistência pelos órgãos do sistema financeiro, e pela diversidade dos pressupostos das medidas cautelares.

### **1. Ação penal e competência**

Art.26 - A ação penal, nos crimes previstos nesta Lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal.

**Parágrafo único.** Sem prejuízo do disposto no art. 268 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, será admitida a assistência da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, quando o crime tiver sido praticado no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização dessa Autarquia, do Banco Central do Brasil quando, fora daquela hipótese, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização.

Essa norma de caráter puramente processual, regula a competência material da Justiça Federal para o processo e julgamento dos delitos da Lei 7.492/86. A ação é pública incondicionada permitindo a intervenção processual adesiva por parte da CVM e do BACEN a título de assistentes da acusação.

Embora o artigo seja claro outorgando à Justiça Federal o poder para processar e julgar todas as infrações previstas na lei, não é esse o entendimento do **Supremo Tribunal Federal** que, enfrentando a matéria, assim decidiu:

“RECURSO DE HABEAS CORPUS. Competência. Lei nº 7492, de

16/6/86.

Se o crime de que é acusado o paciente não se inclui entre aqueles previstos no art. 125, VI, da Constituição Federal, como da competência da Justiça Federal, é de se fixar a competência na Justiça do Estado para processá-lo e julgá-lo. Os crimes da competência da Justiça Federal são os cometidos contra bens, serviços e interesses da União, de suas autarquias ou empresas públicas, e atingindo-os diretamente, e não apenas atingindo reflexamente.

**Não é de se declarar contudo, contudo, inconstitucional o artigo 26 da Lei 7492/86, eis que alguns dos crimes nela previstos podem ser, realmente, de competência da Justiça Federal.”<sup>119</sup>**

O STF, com essa interpretação, harmonizou o dispositivo com a Lei Maior, determinando que caberá apenas à jurisdição federal o processo e julgamento de delitos que afetem diretamente os interesses, bens e serviços da União, de suas autarquias e empresas públicas. A competência residual, assim, seria deferida à Justiça Estadual e, o exercício da ação, é claro, caberá ao *parquet* do respectivo estado.

Dessa forma, quando a infração fosse cometida em detrimento de

---

<sup>119</sup> RHC nº 66405 - Tribunal Pleno - Rel. Min. Aldir Passarinho. DJ 23/09/88, p. 24170. No mesmo sentido, foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 3618/92 - SP - 3ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal - DJ 07/06/93, p. 11234: “Não há competência da Justiça Federal em casos de crimes contra instituições privadas e nos quais não se constata qualquer lesão a serviços ou interesses da União”.

instituições financeiras privadas ou públicas estaduais, a Justiça Federal seria incompetente para o processo e julgamento.

Entretanto, recentes decisões mostram uma tendência inversa, que é a de estabelecer a competência da Justiça Federal em todos os casos que se subsumirem a um dos tipos penais da Lei 7.492/86. Coerente ou não, é essa, sem dúvida, a vontade externada pelo constituinte. Nesse sentido, o seguinte precedente:

“CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL PENAL - COMPETÊNCIA - CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E A ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA - CF, ART. 109, VI - CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMOS VEDADOS - LEI 4.595/64, ART. 34, I, § 1º - I - A competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira encontra-se fixada no art. 109, VI, da CF. Esta é a norma matriz da competência da Justiça Federal, tratando-se de crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, que afasta disposições outras para o fim de estabelecer a competência do Juízo Federal, como, por exemplo, a inscrita no inc. IV do art. 109, CF. II. R.E. não conhecido”.<sup>120</sup>

Deve ser analisado, também, o fato de, posteriormente, a Constituição ter expressamente consignado a competência da Justiça Federal, dispondo que seja determinada na forma da lei.

<sup>120</sup> STF - RECR 198.488 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Carlos Velloso - DJU 11.12.1998 - p. 11.

Sobre o tema, escreveu **Maria Lúcia Karam**:

“...veio a Lei 7.492/86 estabelecer em seu artigo 26 que a ação penal, nos crimes contra o sistema financeiro nacional nela previstos, seria promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Estadual, dispositivo que gerou controvérsias, na medida em que nem sempre se poderia ver na alegada prática daqueles delitos a direta e específica afetação de bens, serviços ou interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas, cuja demonstração, na ausência de regra constitucional só posteriormente introduzida com a Carta de 88, se fazia imprescindível para, afastando a competência das Justiças Estaduais, autorizar a atuação de órgãos da Justiça Federal no processo”.<sup>121</sup>

Assim, antes da CF/88, prevalecia a tese de que a União sempre teria interesse na persecução e punição de condutas que violam o sistema financeiro nacional. A partir desse momento, não se pode mais raciocinar em termos processuais, mas analisar a estrutura objetiva de cada crime.

É certo que determinadas condutas subsumem-se aos tipos penais da Lei 7.492/86 sem, por isso, afetar ou expor a perigo o sistema financeiro nacional. Afirmar-se que a Lei procura proteger os interesses econômicos de um desenvolvimento equilibrado dos mercados financeiros e de capitais é somente constatar um fim abstrato do legislador que se materializará em cada tipo penal

<sup>121</sup> Competência no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 23.

autônomo.

Desse modo, o correto é a proteção desses interesses em diferentes aspectos e graus em cada norma específica. Mas, também é verdade que, no corpo de uma lei, poderá existir uma determinada unidade normativa que, desviando-se dos objetivos originários do seu instrumento, acabe por tutelar bens ou interesses diversos.

É de se crer que a expressão “crimes contra o sistema financeiro nacional”, usada pelo constituinte, indica aquelas condutas típicas e censuráveis que ofendem ou expõem a perigo os mercados financeiro e de capitais e não todo ilícito veiculado através de uma lei que define quais sejam esses crimes.

Essa é uma constatação óbvia, pois uma conduta não ofende um bem jurídico simplesmente porque a lei quer, ou presume. O legislador não tem esse poder. Por exemplo, de nada adiantaria um instrumento legislativo dispor que o furto ofende a integridade corporal, se a violação é exclusiva do patrimônio.

Entretanto, como no Brasil não há essa discussão, prevalecendo o critério formal na determinação da competência, tende-se a concluir que toda e qualquer ação penal, imputando um fato aparente típico a um dos crimes da Lei 7.492/86, deve ser ajuizada, processada e julgada perante a Justiça Federal. Exemplo dessa posição é o seguinte acórdão:

“CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (LEI Nº 7.492/86, ARTS. 6º E 17) - DENÚNCIA - ALEGAÇÃO DE

INÉPCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA - OMISSÃO QUANTO AO  
LOCAL DO DELITO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL -

Para instauração de ação penal visando apurar o cometimento de crime contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86, arts. 6º e 17), consubstanciado em operação de empréstimo vedada por esse diploma legal, é desnecessário o exaurimento da via administrativa, pois a ausência do ilícito administrativo não importa em inexistência do ilícito penal, por serem independentes as instâncias e autônomas as sanções. A omissão da denúncia quanto ao local de ocorrência do delito não configura, necessariamente, inépcia da inicial acusatória, por ser suprável a todo tempo (CPP, art. 569) e tratar-se de circunstância ou elemento integrativo não essencial ao fato. Os delitos de que tratam os arts. 6º e 17 da Lei nº 7.492/86 são de mera conduta, prescindindo-se, para sua adequação típica, da ocorrência de resultado danoso. A ação penal que verse sobre os crimes previstos na Lei nº 7.492/86 deve ser processada e julgada pela Justiça Federal, independentemente do debate acerca da ocorrência ou não de lesão a bens, serviços ou interesses da União. Não cabe, na via estreita do habeas corpus, perquirir sobre a presença de dolo na conduta dos denunciados ou existência de culpa ou responsabilidade objetiva, quando para tanto carecer de exaustivo

exame de provas, próprio da instrução criminal. Trazendo a denúncia elementos indiciários demonstrativos da autoria (aprovação das operações) e da materialidade do delito (realização de empréstimo), descrevendo fatos que em tese constituem crime, torna insubsistente o argumento da falta de justa causa e afasta a hipótese de sua rejeição. Ordem denegada. Liminar cassada”.<sup>122</sup>

A CF/88 inclui dispositivo regulando a matéria. Com efeito, no inciso VI de seu artigo 109 estabeleceu:

“Aos juízes federais compete processar e julgar:

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”

Trata-se da única situação em que a Constituição Federal, em matéria de competência penal, usou a expressão “nos casos determinados por lei”, fazendo crer haver o constituinte deixado a oportunidade para o legislador fixar a competência da Justiça Estadual, mesmo que de forma residual, quando não estiver em jogo o interesse da União.

O certo, portanto, é interpretar a norma no sentido de que a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro não é absoluta, sendo possível ao legislador alterar a regra do art. 26,

---

<sup>122</sup> TRF 5ª R. – HC 821 – (97.05.43803-0) – CE – 1ª T. – Rel. Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante – DJU 18.12.1998 – p. 2239.



ou a compatibilizar com o interesse da União.

Quanto à possibilidade de assistência pelo BACEN e pela CVM, tanto a doutrina e a jurisprudência não têm encontrado um denominador comum neste tema <sup>123</sup>. Contra a possibilidade de assistência, manifesta-se **Maria Elizabeth Queijo**:

“Contudo, tem-se considerado verdadeiro excesso da norma em foco a permissão para que órgãos do Poder Público venham a se habilitar assistentes, mesmo porque o interesse público já é defendido pelo representante ministerial, titular da ação penal”. <sup>124</sup>

Acrescente-se, ainda, que, ao expressamente garantir a aplicação subsidiária do disposto no art. 268 do CPP, a norma em tela, corretamente, não exclui a possibilidade das instituições ou investidores vítimas dos crimes contra o sistema financeiro ingressarem como assistentes do Ministério Público no processo penal.

<sup>123</sup> “AÇÃO PENAL - PECULATO - CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ASSISTÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NÃO CABIMENTO - INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - ABSOLVIÇÃO - 1. "O Poder Público não pode intervir como assistente. Se o Órgão do Ministério Público atua em nome do Poder Público, seria uma superfetação a ingerência da Administração Pública na ação penal pública" (Tourinho Filho). 2. Não oferecendo os autos prova capaz de fornecer a certeza necessária à condenação, a melhor solução é a absolvição.

(TJSC - ProcCr 239 - 2ª C.Cr. - Rel. Des. José Roberge - J. 03.06.1997)”

A favor da assistência: “AÇÃO PENAL - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO - Prefeitura Municipal - Admissibilidade - Processo instaurado pela prática do delito do artigo 312 do Código Penal - Município titular de interesse concreto atingido pelo crime - Sujeito passivo secundário - Inexistência de limitação ou restrição ao exercício da assistência - Inteligência do artigo 268 do Código de Processo Penal - Segurança denegada. Há crimes em que o Estado, além de sujeito passivo constante, ou formal, é também o sujeito eventual ou material da infração delituosa, e o interesse do bem público geral do órgão ministerial não coincide com o interesse secundário do ofendido.

(TJSP - MS 170.993-3 - Itapeva - Rel. Des. Celso Limongi - 5ª C.Crim. - J. 15.12.1994 - v.u.)”

<sup>124</sup> Crimes do Colarinho Branco. Paulo José e outros. Ob. cit., p. 161.

A questão a ser analisada é se um órgão público pode ser assistente do MPF. **Rodolfo Maia**, assim se pronuncia:

“Não comungamos do entendimento de que a assistência nas ações públicas, quando oriunda de órgãos oficiais, constitui superfetação, por força da presença obrigatória do Estado, por intermédio do MP, no pólo ativo da lide penal. Seja a motivação vinculada a pretensões de cunho indenizatório, seja vocacionada pelo interesse público na defesa de bens jurídicos de intensa relevância social e sob responsabilidade estatal direta, o fato é que a lei processual não distingue entre privado e público, bastando-lhe a qualidade de ofendido, qual seja, vítima, sujeito passivo do crime que é objeto da ação penal.”<sup>125</sup>

Como o art. 268 do CPP dispõe que apenas o “ofendido” poderá intervir a título de assistente, em princípio não seria razoável admitir-se a legitimação do Bacen e a CVM, pois é certo que neste conceito não se enquadram.

O ofendido, como já afirmado, é o titular do bem jurídico violado ou exposto a perigo. No plano genérico, as duas autarquias não são vítimas, sujeitos passivos, e, sim, o Estado como gestor do SFN<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Ob. cit. p., 153/154

<sup>126</sup> Outro indício de que o próprio legislador não considera BACEN e CVM como ofendidos é o seguinte trecho do relatório do Projeto substitutivo apresentado no Senado: “Este substitutivo estabeleceu:

...

Todo esse debate passa pela definição da natureza jurídica do assistente, matéria não menos polêmica. Para **Figueiredo Dias**<sup>127</sup> e **Germano Marques da Silva**<sup>128</sup>, seguindo a própria terminologia do CPP português, o assistente é “colaborador do ministério público”. Explica-se, essa natureza, pois faltam-lhe os poderes próprios das partes processuais.

Na Itália existe dispositivo semelhante regulamentando a atuação da CONSOB - Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, assim redigido:

“Art. 187 - Facoltà della Consob nel procedimento penale

1. Nei procedimenti per i reati previsti dagli articoli 180 e 181, la Consob esercita i diritti e le facoltà attribuiti dal codice di procedura penale agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato”<sup>129</sup>

Assim, basta compreender a norma da Lei 7.492/86 como uma exceção à regra geral do art. 268 do CPP de que o ofendido poderá atuar adesivamente na ação penal, outorgando às autoridades do sistema financeiro a legitimidade para “colaborar” com o Ministério Público, desde que entenda conveniente e oportuno.

O ato administrativo, aqui, do pedido de intervenção como assistente, é discricionário, como se depreende da redação do parágrafo único do

---

D) disciplinou a assistência processual das entidades fiscalizadoras - Banco Central e CVM - sem prejuízo da presença do ofendido, ensejando-lhe a ação adjuntória no feito criminal.”

<sup>127</sup> Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal in O novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1998, p. 11.

<sup>128</sup> Curso de Processo Penal. Vol. I. Lisboa: Verbo, p. 297.

<sup>129</sup> Decreto-lei 58/98.

art. 26, seguindo, obviamente, os princípios regentes do direito administrativo.

## 2. Ação penal subsidiária/dever de comunicação do Bacen e CVM

Art. 27 - Quando a denúncia não for intentada no prazo legal, o ofendido poderá representar ao Procurador-Geral da República para que este a ofereça, designe outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou determine o arquivamento das peças de informação recebidas.

A Lei 7.492/86 não garantiu a ação penal privada subsidiária da pública, mas, com a norma citada, procurou, ao menos, estabelecer um certo controle do MPF, com a intervenção do ofendido no caso de inércia do *parquet*, determinando, no art. 27, a representação ao Procurador-Geral da República para que supra a inércia do agente ministerial.

Ocorre que, atualmente, existem certas dúvidas sobre a questão, pois a Constituição Federal, em seu art. 5º, LIX, dispõe:

“será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo”.

O art. 27, então, garante a representação do ofendido ao Procurador-Geral caso o órgão ministerial não ofereça a denúncia no prazo - 15 dias para réu solto e 5 quando o indiciado estiver preso. É claro que essa é uma possibilidade secundária outorgada ao ofendido, o qual poderá, como se asseverou, propor a queixa subsidiária.

Entretanto, não é comum nem a existência de queixa subsidiária e

muito menos legal a sua propositura por parte de um órgão público, como por exemplo o BACEN, pois, compondo a administração indireta da União, o eventual interesse do Estado já está defendido pelo Ministério Público.

**Rodolfo Maia**, comentando a norma, sustenta o seguinte:

“Estamos que o poder de representação concedido pelo dispositivo associa-se à faculdade reconhecida pelo art. 29 do CPP, constituindo um *plus* facultado ao lesado, originário da relevância social dos bens objeto de proteção nestas normas, para que obtenha o funcionamento da máquina judicial em busca não só da punição dos culpados, o que é do interesse da justiça, como para fundamentar eventual ressarcimento na seara cível. De qualquer modo a ação penal subsidiária passou a ser direito individual indisponível com a edição da Constituição de 1988, o que torna insustentável qualquer entendimento contrário”<sup>130</sup>.

A posição do autor, entretanto, restringe a ação penal subsidiária ao particular, sem comentar a eventual possibilidade de propositura por parte dos órgãos de fiscalização.

A queixa subsidiária é outorgada segundo interesses privados da vítima e, deste modo, é difícil admitir que o BACEN ou a CVM possuam legitimidade para agir em substituição à inércia do *parquet*, seja representando ao Procurador-Geral da República ou oferecendo a ação subsidiária, pois, como já se

---

<sup>130</sup> Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 156.

afirmou, não se enquadram no conceito de “ofendido” utilizado pelo legislador no art. 27, pelo menos no caso do crime de gestão fraudulenta.

É essa, também, a conclusão de **Ela Wolkmer de Castilho**:

“Lembre-se que a idéia expressa pelo Deputado Nilson Gibson na justificativa ao Projeto de Lei n. 273 era de inovar o procedimento penal, atribuindo ao Banco Central participação mais efetiva na apuração dos crimes contra o sistema financeiro. Para tanto, além de prever a assistência do Banco na ação penal de iniciativa do Ministério Público (art. 16), permitia a ação penal subsidiária de iniciativa do Banco Central, quando aquela não fosse intentada no prazo legal (art. 17).

Embora a lei n. 7.492 não tenha incorporado a regra da ação penal subsidiária,...”<sup>131</sup>

É de registrar-se, entretanto, a possibilidade de queixa subsidiária quando uma instituição financeira privada ou o particular sejam vítimas dos delitos contra o sistema financeiro, ou nos crimes em que o bem jurídico é de titularidade das autarquias, como no caso do delito do art. 6º, em que o induzimento em erro tem como vítima a CVM ou o Bacen.

A ausência de legitimidade dos órgão públicos é também depreendida do dever de comunicação plasmado no art. 28, da Lei 7.492/86:

“Quando, no exercício de suas atribuições legais, o Banco Central

---

<sup>131</sup> O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 143.

do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, verificar a ocorrência de crime previsto nesta lei, disso deverá informar ao Ministério Público Federal, enviando-lhe os documentos necessários à comprovação do fato.

**Parágrafo único.** A conduta de que trata este artigo será observada pelo interventor, liquidante ou síndico que, no curso de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, verificar a ocorrência de crime de que trata esta Lei”.

Ora, BACEN e CVM devem, portanto, acionar o MP para que promova a responsabilidade penal pelas eventuais infrações previstas nesta Lei. Assim, repita-se, os interesses do BACEN e da CVM já estão resguardados pelo órgão que representa o Estado na persecução penal.

Essa estruturação é comum no ordenamento jurídico. Assim como a Receita deve encaminhar ao MP representações para fins penais, nos crimes contra a ordem tributária, instituiu-se, aqui, verdadeiro dever a esses organismos de comunicarem fatos caracterizadores em tese de crime contra o sistema financeiro nacional.

Sustentar que BACEN ou CVM podem propor queixa quando forem vítimas desses delitos seria o mesmo que cogitar a titularidade do Fisco para a ação penal em caso de sonegação fiscal, ou do IBAMA em crimes ambientais. Parece, evidentemente, uma distorção de funções, até porque o bem jurídico neste caso não é pessoal, como nos crimes contra a honra, mas



transcende interesses privados. Além de tudo, por força do princípio da legalidade, a administração pública só age quando houver expresso comando, o que nesse caso inocorre.

O art. 28 justifica-se, principalmente, pela importância dos bens jurídicos protegidos pela lei e pela maior facilidade que BACEN e CVM possuem para controlar e investigar as instituições financeiras atuantes no mercado, por meio da promoção de inquéritos administrativos.

Para o Ministério Público, sem dúvida nenhuma, trata-se de importante colaboração, pois, na maioria das vezes, com base em tudo que foi apurado administrativamente, o inquérito policial será desnecessário. De outra sorte, já poderá o *parquet* analisar a defesa administrativa para concluir, até mesmo, pela inexistência de ilícito penal e, então, promover pelo arquivamento.

Discute-se a respeito do momento oportuno para essa comunicação. Aparentemente, a qualquer tempo poderão BACEN e CVM representar para fins penais ao MP.

A independência das instâncias criminal e administrativa, nessa matéria, seguindo a antiga discussão existente nos crimes contra a ordem tributária, é pacífica na jurisprudência<sup>132</sup>.

O ideal seria esperar a conclusão de toda a fase administrativa para

<sup>132</sup> HABEAS CORPUS - INQUÉRITO POLICIAL - SONEGAÇÃO FISCAL - TRANCAMENTO - 1. Constituindo o fato objeto de investigação ilícito penal, em tese, imprópria é a via do habeas corpus para obstar a realização da investigação. 2. O oferecimento da denúncia prejudica o presente pedido, cabendo ao interessado atacar, agora, o recebimento da denúncia. 3. Não se exige, no crime de sonegação fiscal, com condição de procedibilidade, o esgotamento da instância administrativa. (STJ - RHC 5.085 - 5ª T. - Rel. Min. Assis Toledo - DJU 24.06.1996)

que se formasse uma valoração mais perfeita possível dos fatos. Com isso, não se está dizendo que a apuração do ilícito, na esfera administrativa, constitui uma questão prejudicial heterogênea, como já repudiou a jurisprudência, mas apenas se postula por uma racionalidade na atividade estatal, pois de nada adiantará uma comunicação do BACEN ou da CVM de fatos que, posteriormente, sejam julgados lícitos no plano administrativo, retirando-se, então, a tipicidade da conduta.

Por uma imediata comunicação, pronuncia-se **Ela Volkmer de Castilho**:

“Por outro lado, a morosidade do processo na maior parte das vezes inviabiliza a própria comunicação, pela ocorrência da prescrição da ação penal em abstrato, ou prejudica irremediavelmente a investigação policial e judicial pelo desaparecimento ou esvanecimento das provas”.<sup>133</sup>

Os argumentos são discutíveis. A prescrição em abstrato, pelo menos no que tange ao delito do art. 4º, é praticamente inatingível. Além disso, sendo esse instituto destinado a beneficiar os acusados, não é possível interpretá-lo em sentido contrário aos seus interesses. Em outras palavras, a inércia e incompetência do Estado não podem servir como pretexto.

Referentemente ao problema do material probatório, também não se deve aceitar a ponderação, tendo em vista que, nesse tipo de criminalidade, a

---

<sup>133</sup> O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional. Belo Horizonte: Del Rey, 1998; p. 242.

maioria absoluta das provas é documental.

Porém, o próprio BACEN atualmente tem encaminhado as notícias de crime logo após do conhecimento do fato, de acordo com o entendimento firmado no Voto BCB nº 124/95, de 5/4/95 <sup>134</sup>.

O novo decreto 2.730 de 10 de agosto de 1998, entretanto, regula que a Receita só deve encaminhar ao MP *notitia criminis* quando exaurido o procedimento administrativo:

“Art. 1º. O Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional formalizará representação fiscal, para os fins do artigo 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda ou

<sup>134</sup> “...Outro ponto a considerar, não menos importante, refere-se à recomendação deste Colegiado, de 10/8/84, divulgada pelo expediente Secre/Sucron - 94/3/182 - Circ., de 29/9/94, de ‘que as comunicações ao Ministério Público devem aguardar a conclusão do respectivo processo administrativo, salvo se houver risco de prescrição (Registro BCB nº 355/94 - A’.

6. A melhor exegese dos comandos normativos que tratam da comunicação ao Ministério Público na verdade orienta o destinatário a promover a notícia no momento em que verificada a ocorrência de crime, sendo forçoso o reconhecimento, pois, que tal intelecção poderá acontecer, nas hipóteses em que também há instauração de processo administrativo, em qualquer fase processual.
7. Nessas condições proponho ao colegiado:
  - a) cancelamento da orientação objeto do Registro BCB n. 355/94 desta Diretoria;
  - B) delegação de competência aos Delegados Regionais para comunicação de ilícitos penais ao Ministério Público, a ser efetivada no curso de qualquer fase processual, ou independentemente da existência de processo administrativo, desde que claramente caracterizados os fatos delituosos, com prévia manifestação do componente jurídico local.
8. Observo, por fim, que a competência ora delegada não poderá ser subdelegada, e que os casos omissos deverão ser submetidos à Difis.” (Castilho, ob. cit., p. 243/244)

decorrente de apreensão de bens sujeitos à pena de perdimento, constatar fato que configure, em tese:

I - crime contra a ordem tributária tipificado nos artigos 1º ou 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990;

II - crime de contrabando ou descaminho.

Art. 2º. Encerrado o processo administrativo-fiscal, os autos da representação fiscal para fins penais serão remetidos ao Ministério Público Federal, se:

I - mantida a imputação de multa agravada, o crédito de tributos e contribuições, inclusive acessórios, não for extinto pelo pagamento;

II - aplicada, administrativamente, a pena de perdimento de bens, estiver configurado, em tese, crime de contrabando ou descaminho.”

Além disso, o preceito da Lei 7.492 exige a comunicação no exercício das atribuições legais. O inciso VIII, do art. 10, da Lei 4.595/64, dispõe competir privativamente ao BACEN “exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas”. O inciso VII do art. 11 outorga o poder para “exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processo operacionais que utilizem”.

Como se vê, o campo de atuação do BACEN cinge-se às instituições financeiras, empresas ou pessoas que, direta ou indiretamente, interfiram no

mercado. Por exemplo, é vedado ao BACEN analisar a movimentação da conta-corrente de um particular regularmente aberta ou de uma pessoa jurídica que não atue no mercado financeiro e de capitais. Seria necessário um pedido de quebra de sigilo bancário para que pudesse ele ter acesso a esse tipo de informação, por fugir do âmbito de suas atribuições legais.

A Comissão de Valores Mobiliários - CVM, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, foi criada pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com o propósito fundamental de “fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários”<sup>135</sup>, devendo, nesta função, “apurar, mediante inquérito administrativo, atos ilegais e práticas não eqüitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado”<sup>136</sup>.

Portanto, quando no curso destas atividades revelarem a existência de possível cometimento de crime contra o sistema financeiro, deve a CVM, como o BACEN, comunicar ao MP.

Indaga-se, então, a legalidade de comunicações por fatos descobertos fora do âmbito de suas atribuições. Em princípio, essa invasão de competências no plano administrativo não teria o condão de nulificar uma posterior ação, de acordo com o que se entende em relação ao inquérito policial.

Contudo, como a matéria envolve sigilo de operações financeiras, se Bacen e CVM comunicarem ao Ministério Público fatos que não se situam sob seu

---

<sup>135</sup> Art. 8º, III, da Lei 6.385/76.

<sup>136</sup> Art. 9º, VI, da Lei 6.385/76.

poder fiscalizatório, essa prova será irremediavelmente ilícita.

Explica-se a conclusão pelo fato de existir uma relação jurídica de sigilo, mantida entre Bacen/Instituições Financeiras e outra entre CVM/Instituições Financeiras, de acordo com a natureza da instituição ou da operação financeira. Se há uma intromissão nessas relações por qualquer pessoa, ou ente público, fica caracterizada a quebra do sigilo das operações financeiras.

Resta ainda um tema importante nesta matéria: a compatibilização desse dever de informar com a denominada transação administrativa, criada pela Lei 9.457/97<sup>137</sup>.

<sup>137</sup> Art. 2º - Os artigos 9º, 11, 15, 17, 21 e 22 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, passam a vigorar com a seguinte redação:

...

§ 5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo, se o indiciado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a:

I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e

II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

§ 6º O compromisso a que se refere o parágrafo anterior não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 7º O termo de compromisso deverá ser publicado no Diário Oficial da União, discriminando o prazo para cumprimento das obrigações eventualmente assumidas, e o seu inadimplemento caracterizará crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal.

§ 8º Não cumpridas as obrigações no prazo, a Comissão de Valores Mobiliários dará continuidade ao procedimento administrativo anteriormente suspenso, para a aplicação das penalidades cabíveis.

§ 9º Serão considerados, na aplicação de penalidades previstas na lei, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade.

§ 10. A Comissão de Valores Mobiliários regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 5º a 9º deste artigo aos procedimentos conduzidos pelas Bolsas de Valores e entidades do mercado de balcão organizado.

§ 5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo, se o indiciado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a:

I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e

II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

§ 6º O compromisso a que se refere o parágrafo anterior não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 7º O termo de compromisso deverá ser publicado no Diário Oficial da União, discriminando o prazo para cumprimento das obrigações eventualmente assumidas, e o seu inadimplemento caracterizará crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal.

Embora não haja expressa previsão, caso o indicado ou acusado cumpra as condições impostas pela autoridade administrativa no prazo determinado, cessando as atividades irregulares, o procedimento será arquivado.

De plano, surge a questão: deve a CVM comunicar ao MP esses fatos, mesmo que o procedimento seja suspenso e ao final arquivado?

**Haroldo Verçosa** fornece a seguinte resposta:

“Evidentemente, a suspensão do processo administrativo não encontrará guarida nos casos em que forem apurados ilícitos criminais e a iniciativa da ação couber ao Ministério Público. Não se pode compreender que uma decisão administrativa no sentido da suspensão do procedimento administrativo viesse a impedir a apuração e a condenação penal”.<sup>138</sup>

O art. 28 determina que a partir do momento em que “a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, verificar a ocorrência de crime previsto nesta lei, disso deverá informar ao Ministério Público Federal”<sup>139</sup>. Como a norma não

---

§ 8º Não cumpridas as obrigações no prazo, a Comissão de Valores Mobiliários dará continuidade ao procedimento administrativo anteriormente suspenso, para a aplicação das penalidades cabíveis.

§ 9º Serão considerados, na aplicação de penalidades previstas na lei, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade.”

---

<sup>138</sup> As Alterações da Legislação Societária e de Mercado de Capitais e suas Implicações quanto à CVM in Reforma da Lei das Sociedades por Ações. (Org.) GUAZZELLI, Roberto. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 204.

<sup>139</sup> Dessa forma, o art. 28 revogou o art. 12. da Lei 6385/76 que determinava: “Quando o inquérito, instaurado de acordo com o § 2º do artigo 9º, concluir pela ocorrência de crime de ação pública, a Comissão de Valores Mobiliários oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal.”

impõe o dever apenas nos casos de condenação no procedimento administrativo, é certo que a comunicação compulsória não foi revogada. Em outras palavras, o dever imposto pela Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro surge da constatação do fato em tese delituoso, não do julgamento de procedência do procedimento administrativo sancionatório.

Entretanto, nos crimes em que o bem jurídico atingido for de titularidade circunscrita à CVM, ou seja, nos casos em que a autoridade do mercado de capitais é a única vítima do delito<sup>140</sup>, se consumada a transação e arquivado o procedimento, não há sentido a intervenção penal. Nessa exata perspectiva, pronuncia-se **Claus Roxin**:

“Também o emprego de instrumentos jurídicos de Direito Público prescindir em certas ocasiões da pena criminal. Assim, por exemplo, quando um empresário exerce sua atividade de um modo danoso à comunidade, a medida de fechamento da empresa ou estabelecimento pode tornar-se um meio mais eficiente que a imposição de uma pena.”<sup>141</sup>

Seria inconcebível a sanção penal se administrativamente outra medida tiver sido tomada, entendendo a autarquia que as alternativas da Lei 9.457 eram suficientes ao acerto do fato.

A denúncia, nessas situações, caracterizaria evidente violação do

---

<sup>140</sup> No caso do art. 6º.

<sup>141</sup> ROXIN, Claus/ARZT, Gunther/ TIEDEMANN, Klaus. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Trad. Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 23.



princípio da subsidiariedade do direito penal, isto porque não cabem aqui os argumentos da independência entre as instâncias administrativa e penal. Trata-se, na realidade, de um verdadeiro acordo entre autor e vítima buscando a composição dos prejuízos.

No direito italiano também não há, nesses casos, a prejudicialidade administrativa, mas **Tulio Padovani** tem a mesma conclusão:

“... essa [a sanção penal] sujeita-se também a um critério de subsidiariedade, ou de *ultima ratio*, pelo qual o recurso à sanção criminal pressupõe a ausência de alternativas sancionatórias igualmente eficazes”.<sup>142</sup>

Importante é o pronunciamento de **Maurício Antônio Ribeiro Lopes**:

“A subsidiariedade do Direito Penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como remédio sancionador extremo, que deve, portanto, ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente

...

Diante disso, a legitimação do Direito Penal não se faz por ação ordinária, qual fosse sempre um instrumento para ser livre e discricionariamente utilizado pelo Estado. Constitui ele conjunto operativo de reserva, daí sua legitimação extraordinária”.<sup>143</sup>

<sup>142</sup> Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1995, fasc. 3, p. 645 - intercalado nosso.

<sup>143</sup> Teoria Constitucional do Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 325.

É basicamente a reprodução dos fundamentos da suspensão do processo penal, veiculada, agora, no plano administrativo, ou, por analogia, a novação da dívida tributária ocorrida com o parcelamento e com a concordância do Fisco, acarretando a extinção da punibilidade da sonegação fiscal.

A falha inescusável da Lei é não ter tratado do problema da comunicação ao MP. Da mesma forma, o legislador exagerou ao não estabelecer nenhum limite objetivo à concessão do benefício administrativo.

A comunicação é ato vinculado, ou seja, ocorrendo o crime, mesmo que a CVM pretenda, administrativamente, celebrar a transação, deve comunicar obrigatoriamente o fato ao Ministério Público que, pelo princípio da subsidiariedade, poderá contentar-se com o equivalente funcional administrativo deixando de oferecer a denúncia, sem que essa atitude fira o princípio da legalidade, como explica **Jacinto Coutinho**:

“Ademais, é preciso considerar que tal princípio da obrigatoriedade, ainda que fosse possível pensar estar atrelado ao princípio da legalidade, deve ser relativizado, já que um processo penal democrático tem, antes de mais nada, o objetivo de atender ao interesse público”.<sup>144</sup>

---

Para um panorama geral do Princípio da Subsidiariedade na Europa confira-se RODRIGUES, Anabela Miranda. A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 298 e segs., especialmente as notas de rodapé.

<sup>144</sup> Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, nº 28, 1999, p. 127.

### 3. As diligências e o sigilo das operações financeiras

Uma das normas mais polêmicas da Lei 7.492/86 é o art. 29, pois estabeleceu a ausência de sigilo ao Ministério Público em relação aos serviços e operações das instituições, no curso das investigações. Vale transcrever:

“Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta Lei.

Parágrafo único. O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo.”

Muito se debateu a respeito da constitucionalidade do dispositivo, principalmente com a promulgação da Constituição de 88, que reservou ao exame privativo do Poder Judiciário a obtenção de prova coberta pelo sigilo.

Embora não haja norma expressa, sabe-se que, em decorrência da garantia individual do direito à intimidade do cidadão, o sigilo bancário e fiscal é constitucionalmente assegurado. Da mesma maneira, constitui-se como informação reservada a operação mantida entre o investidor e a instituição financeira.

A importância do tema aumenta na medida em que são inúmeras as

operações e serviços financeiros mantidos entre o Banco e o indivíduo ou entre corretora, distribuidora de títulos ou valores mobiliários, agentes autônomos e investidores.

Com o termo “operações financeiras” está-se a designar toda e qualquer relação juridicamente relevante entre os investidores e os intermediários do mercado financeiro e de capitais, nas condutas de captação, negociação e intermediação da poupança popular. Por serviços, toda atividade destinada ao desenvolvimento dessa relação. Assim, esse conjunto de fatos está coberto pela garantia do sigilo.

Entretanto, o que se protege é o aspecto material da relação. Ou seja, o objeto de tutela da garantia da intimidade é tão-somente aquilo que possa exteriorizá-la, ou seja, a movimentação bancária, a aplicação em determinado fundo de investimento, os bens guardados no cofre da instituição, a operação de câmbio entre outras. Excluem-se, portanto, os dados que não são capazes de revelar determinado aspecto da vida privada do cidadão.

Portanto, a simples informação de que o indivíduo possui conta-corrente em um estabelecimento bancário não indica nenhuma violação à sua intimidade, se não forem reveladas a natureza e os valores das transações efetuadas.

Aqui deve ser feita uma analogia com a proteção da inviolabilidade das correspondências, em que a tutela se dirige ao conteúdo da comunicação - da mesma maneira, em relação ao sigilo das conversações telefônicas. Não viola a

intimidade descobrir qual o número dos telefones do cidadão, mas sim para quem ele liga e o conteúdo das conversas.

Assim, não fica sujeita ao sigilo, pela ausência do bem jurídico protegido, a conta-fria, ou fantasma. Ora, a movimentação bancária feita em nome de pessoa inexistente não pode consubstanciar um pretenso direito à intimidade. Já a denominada conta-laranja, por efetivamente pertencer a pessoas coniventes com supostas atividades ilícitas, sujeita-se ao dever de sigilo.

A doutrina e a jurisprudência ainda não enfrentaram o tema do sigilo das operações nas instituições financeiras por equiparação. Com efeito, dispõe o parágrafo único do art. 1º:

“Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.”

A melhor interpretação é a que engloba as operações entre os cidadão e os agentes mencionados nos incisos I e II. Quanto ao inciso I, a situação é clara: uma operação de câmbio, de consórcio, de capitalização ou até mesmo de seguro, por importarem em uma certa exteriorização da individualidade, devem merecer a proteção do sigilo. Em termos concretos, um seguro de vida de alto valor tem maior razão de permanecer em sigilo que a própria movimentação

bancária do cidadão.

Entretanto, até mesmo pela obscuridade já narrada, em relação ao inciso II, a questão é complexa. Em uma primeira análise, a tendência seria a de não estender a essas pessoas o dever de sigilo, até mesmo pela natureza irregular do exercício das atividades privativas de instituições financeiras.

Porém, como o sigilo bancário é muito mais que um dever do agente financeiro, traduzindo-se em direito individual dos cidadãos, deve-se proteger, por exemplo, os indivíduos que, induzidos em erro, investem ou celebram as operações descritas no artigo 1º com determinada pessoa sem autorização dos órgãos competentes.

A doutrina e jurisprudência estão pacificando o tema, no sentido de que o parágrafo único não foi recepcionado pela Constituição de 88, como informa **Rodolfo Maia**:

“A posição foi sintetizada no voto do Min. Maurício Correia, após análise dos julgados anteriores do Supremo no sentido de que ‘os 17 (dezessete) precedentes aqui examinados ou apenas mencionados permitem extrair com segurança a doutrina desta Corte firmada no transcorrer de quase cinquenta anos, sendo de se notar que está calcada em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; o segundo princípio informa que a violação do sigilo bancário só é permitida

no interesse da justiça e por determinação judicial".<sup>145</sup>

Em consequência, ainda que o Ministério Público, no exercício de suas atribuições, esteja investigando a existência de crimes contra o sistema financeiro nacional, qualquer prova coberta pelo sigilo deve ser requerida via Poder Judiciário, tornando-se ilícitas aquelas colhidas de forma direta pelo órgão acusatório<sup>146</sup>.

É importante frisar que a quebra do sigilo só pode ser efetuada pelo juízo competente para o processo e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro nacional, sob pena de ilicitude da prova, embora o **STJ**, recentemente, tenha decidido em sentido contrário.<sup>147</sup>

Em relação às CPI's, ainda não se pacificou qualquer entendimento. Em uma das últimas vezes que o Supremo enfrentou a questão<sup>148</sup>, relator o Min. **Celso de Mello**, deixou de analisar a possibilidade de quebra por parte do Legislativo, pois, no caso concreto, como inexistia fundamentação para o acesso às informações bancárias, concedeu-se a liminar sem que o tema principal fosse debatido.

Entretanto, cinco Ministros da Corte<sup>149</sup> declararam suas convicções

---

<sup>145</sup> Ob. cit., p. 165.

<sup>146</sup> O projeto de Lei-complementar afastando o sigilo das operações ao Ministério Público e à Receita Federal que está na iminência de ser votado no Congresso não altera essas conclusões, pois o fundamento dado pelo Supremo é a garantia constitucional, de forma a persistir a incompatibilidade com a Lei Maior, mesmo em uma veiculação da matéria por Lei-Complementar.

<sup>147</sup> No HC 9.704/GO, declarou-se a incompetência da Justiça Federal, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Comum, sem, entretanto, declarar nulos os atos de quebra de sigilo bancário pelo juiz incompetente. (RSTJ 127/389).

<sup>148</sup> Mandado de Segurança nº 23452/RJ, DJ 12/5/2000, p. 86.

<sup>149</sup> O próprio relator e os Ministros Marco Aurélio Mello, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e o Presidente Carlos Mário Velloso.

no sentido de existir, também nessa situação, a reserva de jurisdição. A tendência, portanto, é de não se permitir que as CPI's possam requisitar diretamente das instituições as informações bancárias e, por consequência, as operações financeiras dos indivíduos sob sua investigação.

Essa conclusão funda-se na dicção constitucional que concedeu às CPI's os "poderes próprios de investigação das autoridades jurisdicionais". A matéria não poderia, efetivamente, ter uma solução pacífica. Primeiro, pela infelicidade da expressão usada pelo constituinte, até porque, no moderno processo penal, autoridade jurisdicional não investiga e quando o faz, fica impedida de atuar na instrução.

Depois, deve-se admitir que CPI não é substitutivo de inquérito policial e, em relação às outras provas que incidem sobre as manifestações do direito à intimidade, a CF/88 reservou a possibilidade de sua produção ao inquérito policial e à instrução processual penal.

Por fim, com a chamada "reserva de jurisdição", restringir o acesso às informações bancárias ou financeiras unicamente por ordem fundamentada do Poder Judiciário significa um importante reforço das garantias constitucionais do cidadão, notadamente o direito à intimidade.



#### 4. Prisão e liberdade

Neste tema, a Lei tentou inovar, contudo criou apenas uma ideologia autoritária de repressão à criminalidade econômica, sem trazer maiores contribuições. Determina o art. 30:

“Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Dc.-lei 3689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada.”

A prisão preventiva é a privação da liberdade do acusado durante o curso do processo para “garantir a ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”. No Estado de Direito Democrático, prevalente o princípio da presunção de inocência do acusado, a prisão antecipada do cidadão que se defende da imputação de um delito tem um caráter excepcional.

A prisão preventiva é informada, por isso mesmo, pelos princípios da legalidade, necessidade, temporariedade e subsidiariedade<sup>150</sup>. A magnitude da lesão causada pelo ilícito não pode ser parâmetro único para a decretação da medida cautelar, devendo ser considerada globalmente com os demais requisitos autorizados da medida, conforme o prevê o art. 312 do CPP, que não foi excepcionado pela norma em debate. Independentemente da magnitude da

<sup>150</sup> Sobre os princípios da necessidade, legalidade e subsidiariedade conferir o trabalho de Figueiredo Dias. A proteção dos direitos do homem no processo penal. In Revista da Associação dos Magistrados do Paraná, ano 5, nº 19. Curitiba: AMP, 1980, p. 54.

lesão, desde que se mostre desnecessária, a prisão cautelar não poderá ser decretada pela autoridade jurisdicional.

Deve-se, da mesma forma, concluir prevalecer o disposto no art. 313 do CPP, não sendo admitida a prisão preventiva nos crimes contra o sistema financeiro culposos ou punidos com detenção, ainda que extremamente grave a lesão causada ao bem jurídico protegido penalmente. Esse é o entendimento do **TRF da 4ª Região**:

“Penal. Habeas Corpus. Prisão preventiva. Crime contra o sistema financeiro nacional. Magnitude da lesão.

1. O art. 30 da Lei 7.492/86 não revogou o artigo 313 do CPP. Seu efeito foi o de complementar o pressuposto da ‘garantia da ordem pública’ estabelecido no art. 312 do CPP, dando acento e realce para a magnitude da lesão’, nos casos de crimes contra o sistema financeiro nacional.

2. Assim, mesmo configurada ‘magnitude da lesão’, não cabe prisão preventiva nos crimes contra o sistema financeiro nacional punidos apenas com detenção, salvo ‘quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la’ (CPP, art. 313, II).

3. Ordem de habeas corpus deferida”.<sup>151</sup>

Em comentário à norma, correta é a manifestação de **Rodolfo Maia**:

---

<sup>151</sup> HC 411152/90-RS 2ª Turma - Rel. Teori Zavascki - DJ 21/08/90.

“Tendo em vista a excepcionalidade que deve revestir a prisão cautelar estamos que a exegese deste artigo deverá ser restritiva, sendo o prejuízo causado, por maior que seja, insuficiente por si mesmo de ensejar a decretação da prisão preventiva, o que parece ter sido a *mens legis* ao não alterar a redação do citado art. 312 e, sim, determinar que este fosse considerado quando do sopesamento da magnitude da lesão”.<sup>152</sup>

Não é perfeita a construção de **Manoel Pedro Pimentel** nesta questão, pois o autor sustenta a irrelevância do dispositivo, afirmando inexistirem elementos objetivos para a concreção da magnitude da lesão causada<sup>153</sup>. A ausência de parâmetros objetivos legalmente estabelecidos para a fixação da magnitude do dano causado não afasta a possibilidade de que isso se torne óbvio em determinado caso. Ora, uma gestão fraudulenta, levando à falência um grande banco comercial com prejuízo a milhares de correntistas, certamente causará uma lesão de grandes proporções.

Sublinhe-se, inclusive, que o PROER destinou-se a impedir a produção de danos de alta magnitude.

O art. 30 deve ser interpretado em consonância com a “garantia da ordem econômica” de que fala o art. 312 do CPP, ou seja, como o subsistema criminal financeiro está contido no subsistema criminal macroeconômico, é perfeitamente possível que a liberdade do acusado gere graves riscos ao seu

---

<sup>152</sup> Ob. cit., p. 168.

<sup>153</sup> Ob. cit., p. 191.

meio envolvente, isto é, à ordem econômica, tendo em vista às atividades financeiras desenvolvidas. Nem se pode, por isso, igualar os conceitos, visto que a ordem econômica engloba o mercado financeiro e de capitais.

Nesta linha, o magistério de **João Gualberto Garcez Ramos**:

“Perceba-se que, de ordinário, a ocorrência de uma macro-lesão derivada de crime contra o sistema financeiro nacional terá como sucedâneo a ameaça a toda a ordem econômica,...

...

É inimaginável uma hipótese de macro-lesão sem perigo à credibilidade do sistema financeiro como um todo.”<sup>154</sup>

Diferenciando os dois casos, **João Gualberto** defende a possibilidade da decretação de prisão preventiva apenas quando a magnitude da lesão coloque em risco a garantia da ordem econômica.

Esta solução preconizada é a mais correta, revelando a razão no raciocínio de **Manoel Pedro Pimentel**, pois essa hipótese de decretação da medida preventiva já estaria prevista pelo art. 312, sendo, portanto, irrelevante o dispositivo.

**José Carlos Tórtima** tem a mesma opinião:

“Desse modo, eleger-se a **magnitude da lesão causada** como motivo ensejador da prisão cautelar parece-nos solução das mais infelizes. Como se não bastasse, a disposição é inócua, pois a exegese do ora comentado o art. 30 não permite supor que a

<sup>154</sup> A tutela de urgência no processo penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 146.

magnitude da lesão causada, **por si só**, justifique a prisão preventiva. Ao contrário, a disposição em causa afirma que ela é aplicável **sem prejuízo** do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, vale dizer, a decretação da custódia preventiva continuaria na dependência dos pressupostos (materialidade e indícios de autoria) e de uma das quatro circunstâncias ali elencadas (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou segurança de aplicação da lei penal)".<sup>155</sup>

Dese modo, a decretação da prisão preventiva nesses casos reveste-se de uma natureza de absoluta subsidiariedade, pois a mera fundamentação na suposta magnitude da lesão causada sem o concomitante interesse para a instrução ou o risco à aplicação da lei penal significaria quase antecipar um juízo de procedência da acusação e eventual sanção penal, o que se afigura abusivo.

Ressalte-se, ainda, que a medida cautelar contra o acusado deve possuir um sentido prospectivo, ou seja, ditado pelo interesse da persecução criminal ou garantia da ordem pública. Aqui, ocorre uma inversão dessa lógica, tendo-se como fator fundante da prisão uma consideração pretérita, que deve ser deixada para o momento oportuno: a eventual aplicação da pena.

Não está presente na "magnitude da lesão causada" o "perigo concreto" na manutenção da liberdade do acusado, principal fundamento da

<sup>155</sup> Ob. cit., p. 158/159.

decretação desse tipo de medida<sup>156</sup>. Nesse caso, uma decisão decretando a prisão preventiva com exclusivo fundamento na magnitude da lesão causada terá natureza sancionatória e não cautelar, sendo, em decorrência, ilegal. Exatamente nessa perspectiva, discorre **Roberto Podval**:

“Há que ficar claro que a prisão preventiva baseada na magnitude da lesão causada não tem aspecto cautelar. Aliás, tem verdadeiro aspecto punitivo. Nota-se que a magnitude da lesão causada é consequência do crime, fator que deve ser levado em consideração na aplicação da pena (art. 59 do Código Penal).”<sup>157</sup>

O pressuposto é tão falho que desaparece nos casos de crimes contra o sistema financeiro tentados, pois sendo a magnitude da lesão fundamentalmente o resultado da conduta criminosa, não há possibilidade de verificação no caso de tentativa, pois não há resultado, nem consumação.

Erro grave cometeu, ainda, o legislador, nessa matéria de prisão e liberdade, ao criar um sistema diferenciado ao regime da fiança e do direito de apelar em liberdade, conforme dispõe o art. 31:

“Nos crimes previstos nesta Lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá prestar fiança, nem apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva”.

<sup>156</sup> Sobre o tema, **Franco Cordero**, *Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 448 e segs.

<sup>157</sup> Aspetos penais das liquidações e intervenções extrajudiciais - parte II in *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 267.

A norma é também supérflua, pois determina ao julgador uma análise necessária em qualquer tipo de delito. Mesmo não sendo possível a concessão de fiança, em casos de prisão em flagrante, é possível a tutela do direito de liberdade. Se o indiciado for primário e de bons antecedentes, tem direito de aguardar o julgamento do processo em liberdade, aplicando-se à espécie o disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP:

“Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (artigos 311 e 312).”

## 5. Delação premiada

A Lei nº 9.080, de 19.07.1995, acrescentou o § 2º ao art. 25 da Lei em estudo, com a seguinte redação:

“Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

Estabeleceu, portanto, interessante dispositivo, denominado por alguns de delação premiada. Trata-se, em verdade, de mera confissão espontânea com tratamento diverso da Parte Geral do CP.

A chamada “delação premiada” possibilita ao juiz deixar de aplicar a pena ao co-autor ou co-partícipe primário, concedendo o perdão judicial, conforme disposto na Lei 9.807/99<sup>158</sup>.

<sup>158</sup> “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do



Na Lei 7.492/86, há somente uma redução obrigatória da pena de um a dois terços, para aquele que prestar à jurisdição uma substancial colaboração na apuração do crime que cometeu em quadrilha ou co-autoria.

O grande problema da norma é exigir, pela confissão espontânea, que o acusado revele toda a trama delituosa, uma vez que para isso o membro da quadrilha ou co-autor deverá, sempre, ter um alto grau de conhecimento do ilícito, o que só é possível para aqueles agentes de maior censura. O partícipe, geralmente, não terá a mesma quantidade de informações, não sendo merecedor do benefício. Em outras palavras, só conseguirá revelar toda a trama delituosa o líder da quadrilha ou aquele que organizou o concurso de agentes. O absurdo é tão grande que se torna possível conceder o benefício ao autor principal do delito que confessar e delatar os meros partícipes.

Além disso, confronta-se com o art. 200 do CPP e o entendimento pacífico da natureza divisível da confissão.

Estabelece-se, assim, uma absoluta inversão de valores, pois quem deveria, na realidade, receber a pena mais alta, pela censura de sua conduta, recebe o benefício, enquanto aquele cuja contribuição ao delito não foi tão relevante pode ser sancionado com uma pena maior. A norma também não fornece nenhum critério para determinar-se quem eventualmente poderia ter o benefício. Pode o Ministério Público escolher qualquer um dos partícipes para

---

colaborador qualquer das medidas previstas no artigo 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.”

transacionar? Se todos os co-autores se delatarem mutuamente, qual a postura do magistrado?

No último caso, obviamente o benefício deve ser outorgado a todos os co-autores, porém, todas essas questões ainda padecem de tratamento doutrinário e apenas comprovam a insegurança desse tipo de disposição<sup>159</sup>.

Esse instituto é muito comum no sistema norte-americano e vem recebendo essas mesma críticas na doutrina processual penal anglo-saxã. Geralmente as decisões nesses casos são denominadas sentenças invertidas (*inverted sentences*), em que a medida da culpabilidade acaba desvirtuada, como sustentam **Saltzburg** e **Capra**, ao comentarem o *plea bargaining*, procedimento pelo qual a delação premiada geralmente se exterioriza:

“Outro fenômeno de distúrbio do *plea bargaining* é nos casos de co-réus, onde aqueles com maior culpabilidade podem ter a chance de receber uma sentença mais leve que os de menor censura”.<sup>160</sup>

Cabe, por fim, afirmar que o dispositivo se aplica aos fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, em razão da natureza benéfica da norma.

---

<sup>159</sup> Aqui reside a importância da diferenciação entre essa confissão e a verdadeira delação premiada, pois é obvio que o magistrado não poderia deixar de aplicar a sanção penal a todos.

<sup>160</sup> American Criminal Procedure. 5ª ed. St. Paul: West Publishing, 1996, p. 828.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. ABRÃO, Nelson. Direito bancário. 5ª ed. org. Carlos Henrique Abrão. São Paulo, Saraiva, 1999.
2. ALBERGARIA, Pedro Soares de. A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa in Revista Portuguesa de Ciências Criminais, ano 9, fasc. 4, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
3. AMATO, Astolfo di. Diritto Penale dell'impresa. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.
4. ANTOLISEI, Francesco. Manuale di diritto penale - Vol. I - I reati societari, bancari, di lavoro e previdenza. 10ª ed. coord. Luigi Conti. Milano: Giuffrè, 1997.
5. ANDRADE, Manuel da Costa. A nova Lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de "bem jurídico" in Direito Penal Econômico. Coimbra: CEJ, 1985.
6. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
7. \_\_\_\_\_. As liquidações extrajudiciais e os delitos financeiros in Crimes do Colarinho Branco, coord. Eduardo Muylaert Antunes. São Paulo:AASP, s/d, p. 122.
8. AZZALI, Giampiero. L'intermediazione finanziaria. in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.Milano: Giuffrè, 1993, fasc. I, p. 30-54.
9. BAIGÚN, David. Responsabilidade penal de las instituciones financieras. in

- Derecho bancario y financiero moderno, coord. Carlos Gerscovitch. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 1999.
10. BATISTA, Nilo. O conceito jurídico-penal de gerente na Lei nº 7.492, de 16/6/86 in Fascículos de Ciências Penais. Ano 3, vol. 3, n. 1, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.
  11. \_\_\_\_\_. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
  12. BETTI, Francisco de Assis. Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
  13. BITENCOURT, Cezar Roberto. Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional praticados por administradoras de consórcios. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Atipicidade. in Revista dos Tribunais nº 735, p. 487.
  14. BOBBIO, Norberto. Teoria dell'ordinamento giuridico. Torino: G. Giappichelli, 1960.
  15. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2ª ed. trad. de A. Meneses Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
  16. CARVALHO, Ivan Lira de. Gestão fraudulenta ou temerária de entidade financeira. Algumas controvérsias in RT 765, p. 465.
  17. CASTALDO, Andrea. Acesso all'attività bancaria e strategie penalistiche di controllo. in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano: Giuffrè, 1996, fasc. I, p. 75-100.

18. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
19. COELHO, Wilson do Egito. Empréstimo de dinheiro por particulares: quando se caracteriza operação privativa dos bancos *in* Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 7, 2000.
20. CORDERO, Franco. Procedura Penale. Milano: Giuffrè, 1993.
21. CORDEIRO, Antonio Menezes. Banca, Bolsa e Crédito. Coimbra: Almedina, 1990.
22. \_\_\_\_\_. Direito Bancário - Relatório. Coimbra: Almedina, 1997.
23. CORREIA, Eduardo. Notas críticas à penalização de actividades económicas *in* Direito Penal Económico, Coimbra: CEJ, 1985.
24. COSTA, José de Faria. O perigo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
25. COSTA JÚNIOR, Paulo José e PEDRAZZI, Cesare. Direito Penal das Sociedades Anônimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.
26. COSTA JÚNIOR, Paulo José/QUEIJO, Maria Elizabeth/MACHADO, Charles. Crimes do Colarinho Branco. São Paulo: Saraiva, 2000.
27. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *In* Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, nº 28, 1999.

28. COVELLO, Sérgio Carlos. Contratos Bancários. 3ª ed. São Paulo: Leud, 1999.
29. DIAS, Figueiredo. O Direito Penal Português: As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, 1993.
30. DOTTI, Renè Ariel. Crimes contra o sistema financeiro nacional in Revista dos Tribunais nº 718.
31. \_\_\_\_\_. Algumas reflexões sobre o direito penal dos negócios in Crimes do Colarinho Branco, coord. Eduardo Muiyler Antunes. São Paulo: AASP, s/d, p. 10.
32. EIZIRIK, Nelson. Reforma das S.A. e Mercado de Capitais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
33. ELLERO, Renato/Nordio, Carlo. Reati Societari e Bancari. Padova: CEDAM, 1998.
34. FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. 12ª ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999.
35. FRAGOSO, Fernando. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Apêndice às Lições de Direito Penal. FRAGOSO, Heleno Cláudio. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
36. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da/GOMES, Abel Fernandes. Temas de direito penal e processual penal em especial na Justiça Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
37. GIBOURG, Ricardo. El fenómeno normativo. Buenos Aires: Astrea, 1987.
38. GOMES, Luiz Flávio. Aspectos penais das liquidações e intervenções

- extrajudiciais- parte I in Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 239
39. HILLBRECHT, Ronald. Economia Monetária. São Paulo: Atlas, 1999.
40. HUNGRIA, Nelson. Fraude penal. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1934.
41. JAKOBS, Gunther. Derecho Penal- Parte General - Fundamentos y teoria de la imputación. Trad. De Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
42. KARAM, Maria Lúcia. Competência no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
43. KAUFMANN, Armin. La misión del derecho penal in Política criminal y reforma del Derecho Penal. Tradução de Santiago Mir Puig. Bogotá: Temis, 1982.
44. LASTRA, Rosa Maria. Banco Central e Regulamentação Bancária. Trad. Dan Kraft. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
45. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio Políticos do Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
46. \_\_\_\_\_. Teoria Constitucional do Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
47. LOPES, João do Carmo/ROSSETI, José Paschoal. Economia Monetária. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
48. LOVETT, Willian. Banking and Financial Institutions Law. 4ª ed. St. Paul:

West Publishing, 1997.

49. LUNDBERG, Eduardo. Rede de proteção e saneamento do sistema bancário in *Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional*. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 29.
50. LYRA, Roberto. Criminalidade Econômico-Financeira. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
51. MAIA, Rodolfo Tigre. Dos crimes contra o sistema financeiro nacional. São Paulo: Malheiros, 1996.
52. MACHADO, Agapito. Crimes do colarinho branco e contrabando/descaminho. São Paulo: Malheiros, 1998.
53. MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal. 2ª ed. inédito.
54. MARREY NETO, José Adriano. Projeto de resolução do CMN sobre Processos/Inquéritos Administrativos da CVM in *Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais*, org. Roberto Quiroga Mosquera. São Paulo: Dialética, 2000, p. 79.
55. MAZLOUM, Ali. Crimes do colarinho branco: Objeto jurídico, provas ilícitas. Porto Alegre: Síntese, 1999.
56. MELLAGI FILHO, Armando. Mercado Financeiro e de Capitais: Uma introdução. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
57. MORAES FILHO, Antonio Evaristo/TAVARES, George. Habeas Corpus - Crime de gestão fraudulenta de instituição financeira in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.



66. \_\_\_\_\_. Crimes contra o Sistema Financeiro in Crimes do Colarinho Branco, coord. Eduardo Muylaert Antunes. São Paulo:AASP, s/d, p. 74.
67. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa Pinto. O Novo Regime dos Crimes e Contra-Ordenações no Código dos Valores Mobiliários. Coimbra: Almedina, 2000.
68. PODVAL, Roberto. Aspetos penais das liquidações e intervenções extrajudiciais- parte II in Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 257.
69. RAMOS, João Gualberto Garcez. A tutela de urgência no processo penal brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
70. REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. vol. I, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
71. RIGHI, Esteban. Derecho Penal Economico Comparado.Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1991.
72. ROCHA, Bolivar B. M. O poder normativo de órgãos da administração. O caso da comissão de valores mobiliários in Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, nº 64, p.47.
73. ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. As conseqüências institucionais do novo conceito de valor mobiliário: as competências do CMN, do Bacen e da CVM in Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, org.

- Roberto Quiroga Mosquera. São Paulo: Dialética, 2000, p. 65.
74. RODRIGUES, Anabela Miranda. A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
75. ROSA, Fábio Bittencourt da. Manifestação no Simpósio sobre Direito dos Valores Mobiliários. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, 1998.
76. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
77. \_\_\_\_\_. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo Madrid: Marcial Pons: 1998.
78. ROXIN, Claus/ARZT, Gunther/TIEDEMANN, Klaus. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Trad. Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.
79. RUOZI, Roberto. Economia e gestione della banca. Milano: EGEA, 1997.
80. SADDI, Jairo. org. Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional. São Paulo: Textonovo, 1999.
81. SANTOS, José Evaristo dos. Mercado Financeiro Brasileiro. São Paulo: Atlas, 1999.
82. SILVA, Antonio Carlos Rodrigues da. Crimes do colarinho branco. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
83. SILVA NETO, Lauro de Araújo. Derivativos. 2ª ed. São Paulo: 1998.

84. TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
85. TIEDEMANN, Klaus. Apresentação Crítica. Crimes Contra o Ordem Econômica. In Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
86. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O conselho de administração na sociedade anônima. São Paulo: Atlas, 1999.
87. TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. Fundos de Investimento Mobiliário Abertos. Coimbra: Almedina, 1997.
88. TORON, Alberto Zacharias. Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos? In Revista Brasileira de Ciência Criminais. nº 28. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
89. TÓRTIMA, José Carlos. Crimes contra o sistema financeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
90. VEIGA, Vasco Soares da. Direito Bancário. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.
91. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. As Alterações da Legislação Societária e de Mercado de Capitais e suas Implicações quanto à CVM in Reforma da Lei das Sociedades por Ações. (Org.) GUAZZELLI, Roberto. São Paulo: Pioneira, 1998.
92. VIEIRA, Marcelo Klug. A Jurisprudência do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro in Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, org. Roberto Quiroga Mosquera. São Paulo: Dialética, 2000.
93. VIGNA, P. L./DELL'OSSO, P.L.M./Laudati, A. Sistema Criminale ed

Economia. Padova: CEDAM, 1998.

94. WALD, Arnaldo. Das operações realizadas pelo banco A. com a Eletropaulo e do descabimento da aplicação das sanções pelo Banco Central. In Revista dos Tribunais, nº 719, p. 64.
95. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
96. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
97. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
98. Revista Portuguesa de Ciências Criminais. Coimbra: Coimbra Editora.
99. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano: Giuffrè.